

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS CACOAL
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

**ALCANCE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELA VIA DA
INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA
NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO ARTIGO
5º, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

LEÔNIDAS PEDRÃO MELO

CACOAL/RO
2008

LEÔNIDAS PEDRÃO MELO

**ALCANCE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELA VIA DA
INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA
NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO ARTIGO
5º, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Fundação Universidade Federal de Rondônia - *Campus* Cacoal, como exigência parcial para obtenção de título de Bacharel em Ciências Jurídicas, sob a orientação do **Professor Mestre Gilson Tetsuo Miyakava**.

**CACOAL/RO
2008**

MELO, L. P.

Alcance da dignidade da pessoa humana pela via da interpretação dos direitos fundamentais à luz da nova hermenêutica constitucional: análise do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal

Leônidas Pedrão Melo – 2008

Vii, 79 f., enc.; 30 cm

Monografia – Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal, 2008.

Bibliografia: f. 74 – 78.

I – Título

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR ORIENTADOR

O acadêmico **Leônidas Pedrão Melo** desenvolveu o Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas, sobre o tema: **Alcance da dignidade da pessoa humana pela via da interpretação dos direitos fundamentais à luz da nova hermenêutica constitucional: análise do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia do Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – Unir, *Campus* Cacoal/RO.

O acompanhamento foi efetivo por este Orientador e o desenvolvimento do trabalho observou os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim, o Acadêmico está apto à apresentação expositiva de sua Monografia junto à Banca Examinadora.

Cacoal/RO, 12 de março de 2008.

Professor Mestre Gilson Tetsuo Miyakava
Orientador

LEÔNIDAS PEDRÃO MELO

**ALCANCE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELA VIA DA
INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA
NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO ARTIGO
5º, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

AVALIADORES

_____ 1º Avaliador (a)	_____ Nota
_____ 2º Avaliador (a)	_____ Nota
_____ 3º Avaliador (a)	_____ Nota

Média Final

**CACOAL/RO
2008**

*A minha mãe, exemplo de força, determinação
e ética.*

Nada na vida é conquistado de forma independente, isolada... Apesar da força motriz (vontade) ser intrínseca a todo ser humano, essa não é suficiente para a concretização duma idéia-sonho: há pessoas que contribuem decisivamente para o resultado final, mesmo que nossa óptica egoísta, na maioria das vezes, não deixe entrevê-las, prestando-lhes o devido agradecimento.

Aos professores Francisco José Garcia Figueiredo e Gilson Tetsuo Miyakava.

Aos amigos Evandro da Silva Guedes e Marlon Bruno de Andrade pelos conselhos oportunos.

E a querida Neusa Giron (nini) pelo carinho e companheirismo constantes.

[...] O Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio.

José Joaquim Gomes Canotilho

RESUMO

MELO, Leônidas Pedrão. Alcance da dignidade da pessoa humana pela via da interpretação dos direitos fundamentais à luz da nova hermenêutica constitucional: análise do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, 78 folhas, Trabalho de Conclusão de Curso. Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* de Cacoal, 2008.

O presente trabalho monográfico expõe as principais características dos direitos fundamentais, ressaltando a sua eficácia e efetividade, bem como a relevância dos princípios constitucionais para interpretá-los (concretizá-los). Compara a nova hermenêutica constitucional com a interpretação clássica de Savigny, direcionando-se para a interpretação dos direitos fundamentais. Examina, ainda, os principais métodos de interpretação dos direitos fundamentais da nova hermenêutica constitucional. Analisa os termos “natureza jurídica” e “*topoi*”, investigando se há alguma conexão entre eles. Interpreta o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal à luz da nova hermenêutica constitucional, demonstrando o conceito do instituto “dano material decorrente” e sua natureza jurídica. Sob o prisma do alcance da dignidade da pessoa humana, verifica a possibilidade de se considerar a integridade física do ser humano como direito fundamental e, ainda, a conseqüente pretensão à ação de reparação por dano material decorrente de sua violação como garantia fundamental.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Princípios Constitucionais. Nova Hermenêutica Constitucional. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

MELO, Leônidas Pedrão. Scope of human dignity through the interpretation of fundamental rights in the light of the new constitutional hermeneutics: analysis of Article 5, section X of the Federal Constitution, 78 leaves, Job Completion of the Course. Foundation Federal University of Rondônia - *Campus* of Cacoal, 2008.

This paper describes the main features monographic fundamental rights, highlighting its efficiency and effectiveness as well as the relevance of constitutional principles to interpret them (implement them). Compare the new constitutional hermeneutics with classical interpretation of Savigny, directing itself to the interpretation of fundamental rights. Examines addition, the main methods of interpretation of the fundamental rights of the new constitutional hermeneutics. Analyzes the words "legal" and "topoi," investigating whether there is any connection between them. Interprets Article 5, section X of the Federal Constitution in the light of the new constitutional hermeneutics, demonstrating the concept of the institute "caused material damage" in its legal nature. Under the prism of the reach of human dignity, notes the possibility of considering the physical integrity of human beings as a fundamental right, and the consequent desire to action for compensation on material damage caused by its breach as a fundamental guarantee.

Keywords: Fundamental Rights. Constitutional Principles. New Hermenêutica Constitutional. Dignity of the Human Person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1.1 CONCEITUAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO.....	14
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS IMPLÍCITOS E DECORRENTES DO REGIME E DOS PRINCÍPIOS.....	17
1.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
1.3.1 DIREITOS DE DEFESA	19
1.3.2 DIREITOS A PRESTAÇÕES	20
1.4 DIREITO-GARANTIAS.....	21
1.5 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	22
1.5.1 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS DE DEFESA.....	26
2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	28
2.1 DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	28
2.2 DOS PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO.....	30
2.2.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.....	31
2.2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS DO PODER PÚBLICO.....	31
2.2.3 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	31
2.2.4 PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	32
2.2.5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU DA PROPORCIONALIDADE.....	32

2.2.6 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE.....	33
2.2.7.PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS OU CONCORDÂNCIA PRÁTICA.....	34
2.3 OS PRINCÍPIOS MATERIAIS CONSTITUCIONAIS.....	34
2.3.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	34
2.3.2 PRINCÍPIOS GERAIS.....	35
2.3.3 PRINCÍPIOS SETORIAIS.....	36
2.4 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA EFICÁCIA JURÍDICA....	36
3 INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	40
3.1 A NOVA HERMENÊUTICA EM FACE DO POSITIVISMO DA INTERPRETAÇÃO CLÁSSICA.....	40
3.2 A DEFICIÊNCIA DA VELHA HERMENÊUTICA COM RELAÇÃO À EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	44
3.3 INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOVA HERMENÊUTICA.....	45
3.4 TÓPICA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	47
3.4.1 DIFERENCIAÇÃO: AXIOMAS, PRINCÍPIOS E <i>TOPOI</i>	50
3.4.2 NATUREZA JURÍDICA: UM <i>TOPOI</i>	51
3.5 TEORIA ESTRUTURANTE DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	52
3.6 MÉTODO DE CONCRETIZAÇÃO ESPECÍFICO NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	54
3.7 INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	55
3.7.1.DANO MATERIAL DECORRENTE: 2ª PARTE DO ART. 5º, INC. X DA CF.....	58
3.7.1.1 NATUREZA JURÍDICA DO DANO MATERIAL DECORRENTE.....	59
3.7.2.INTEGRIDADE FÍSICA DA PESSOA HUMANA E PRETENSÃO À AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL DECORRENTE DE SUA VIOLAÇÃO COMO DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL.....	66
CONCLUSÕES.....	69
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

Desde o surgimento da moderna hermenêutica constitucional, em meados do século XX - fruto de críticas ao método clássico de Savigny e à perspectiva de direito como sistema lógico-dedutivo-fechado de Kelsen – fora reconhecida a carga normativa e valorativa dos princípios constitucionais e, conseqüentemente, o alto grau de importância dos conteúdos dos direitos fundamentais: passaram, tais direitos, a ser encarados sob novas dimensões.

Sendo a Constituição uma Carta Política, fica claro que não se trata somente de um texto normativo, como também valorativo. Assim, dado seu caráter democrático, a Constituição da República Federativa do Brasil concentra os mais sublimes interesses da Nação, consubstanciados nos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

É indubitável o reconhecimento de que os direitos fundamentais, sob uma perspectiva formal, localizam-se no topo de todo o ordenamento jurídico, têm procedimento agravado na sua reforma, são imutáveis quando considerados cláusulas pétreas e têm aplicabilidade imediata.

Também chamada de pós-positivista, essa nova hermenêutica alarga as dimensões da norma, abrangendo, assim, aspectos valorativos, sociais, econômicos, culturais. Enfim, tudo que contribua para concretizar (efetivar) os direitos fundamentais.

Sob o prisma da nova hermenêutica, inestimável é a concepção dada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo considerado conteúdo comum a todos os direitos e garantias fundamentais, bem como norte ao intérprete na hora de concretizá-los.

Assim, para o desenvolvimento do tema, dividiu-se o presente trabalho monográfico em três capítulos.

No título primeiro fará uma incursão sobre conceito, caracterização, espécies e classificação dos direitos fundamentais, buscando-se diferenciar direitos e garantias fundamentais e, ato contínuo, determinando a eficácia de ambos, em especial a eficácia dos direitos de defesa.

Em seguida, analisar-se-á o tema dos princípios constitucionais. Nesse título será feita inicialmente uma abordagem sobre a importância dos princípios constitucionais e a sua fase evolutiva. Após, discorrerá sobre os princípios instrumentais de interpretação, analisando aqueles prestigiados pela doutrina constitucionalista; bem como os princípios materiais constitucionais e os princípios setoriais. A incursão culmina no princípio da dignidade da pessoa humana e sua eficácia jurídica, procurando demonstrar, assim, sua importância para interpretação constitucional, trazendo à luz, para tal fim, algumas decisões dos Tribunais Superiores, mais precisamente do Superior Tribunal de Justiça, além das inserções de ilustres doutrinadores como Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet, dentre outros.

De fato, no título terceiro tratará do tema mais importante do trabalho, qual seja, a interpretação dos direitos fundamentais. Será estabelecido neste contexto um confronto entre a nova hermenêutica e o positivismo da interpretação clássica, isto é, a argumentação indutiva e a concepção problemática da nova hermenêutica, calcada no alto grau de valor dos princípios constitucionais, *versus* a lógica formal e dedutiva da interpretação clássica. Nesse contexto, apontar-se-ão as críticas feitas pelos neo-positivistas à nova hermenêutica, bem como argumentos que as rebatem, desenvolvidos por Friedrich Müller, Konrad Hesse e Luis Roberto Barroso.

Ainda nesse título será apontada a deficiência da velha hermenêutica com relação à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, tendo a injustiça social e o travamento do

dinamismo do Direito como possíveis conseqüências. Aqui, indicará o caminho mais hábil à interpretação constitucional para, em seguida, adentrar-se na interpretação dos direitos fundamentais com base na nova hermenêutica constitucional. Nesse quadro serão estudados os principais métodos de interpretação dos direitos fundamentais: Método Tópico de Theodor Viehweg, Teoria Estruturante de Interpretação dos Direitos Fundamentais de Friedrich Muller e Método de Concretização de Konrad Hesse.

Dentro do Método Tópico serão trazidas à tona as várias definições de *topoi*, e nesse ínterim, pesquisar-se-á qual ligação existente entre *topoi* e o termo “natureza jurídica”, sendo de suma importância, para tal empreitada, o artigo “O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL, A DUPLA NATUREZA JURÍDICA DOS DANOS MATERIAIS E SUA PRESCRIÇÃO”, elaborado pelo Ilustre professor Francisco José Garcia Figueiredo.

Finalizando o título terceiro, será interpretado o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, servindo-se da Teoria da Argumentação e dos apontamentos levantados sobre os princípios constitucionais, direitos fundamentais e a nova interpretação constitucional.

Para atingir o objetivo proposto, vale dizer, o de investigar o tema escolhido, utilizou-se o método dedutivo. Noutro dizer, as premissas gerais, já consolidadas pela doutrina constitucionalista, serviram de base a todas as afirmações aqui levantadas.

A final, chegou-se às conclusões motivadas pela pesquisa implementada.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 CONCEITUAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO

Para Paulo Bonavides mais importante do que conceituar “Direitos Fundamentais” é diferenciá-los de “direitos do homem” e “direitos humanos”, pois “Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica [...]”¹.

Registre-se que direitos fundamentais e direitos humanos têm em comum o homem como titular, conforme assevera Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)².

Apesar de semelhantes, as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não podem ser consideradas sinônimas, pois estes estão positivados, expressa ou tacitamente, no âmbito do Direto Constitucional dum Estado; enquanto aqueles

guardariam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. edição. São Paulo: Malheiros, 2005, página 560.

² SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35.

sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)³.

Logo, os direitos fundamentais estão positivados no Direito Público Interno, enquanto direitos humanos no Direito Público Externo.

Já os direitos do homem são os direitos naturais ainda não positivados, ou seja, concedidos a todos os homens, pelo simples fato de serem seres humanos, porém, não inseridos no direito positivo.

Diante do exposto, pode-se conceituar, de forma simples, direitos fundamentais como todos os direitos do ser humano (calcados em uma vida baseada na liberdade e na dignidade humanas), positivados no âmbito do direito constitucional de um Estado⁴.

Num Estado Democrático e Social de Direito, os direitos fundamentais são condição de existência e medida da legitimidade⁵, daí seu aspecto valorativo.

Um outro elemento caracterizador da maioria dos direitos fundamentais é a íntima ligação destes com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois são, em verdade, concretizações de tal princípio constitucional⁶.

Não há como formar um sistema fechado e separado no contexto da Constituição, ou seja, considerar direitos fundamentais somente os inseridos no Catálogo (Rol do Título II da CF, conceito formal); isso em virtude do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, no qual dá um conceito aberto (materialmente) de direitos fundamentais.

Reza o art. 5º, § 2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

³ Idem, Ibidem, p. 35-6.

⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. Obra já citada, p. 560, com base na doutrina de Konrad Hesse.

⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 72.

⁶ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Logo, de acordo com o entendimento de Sarlet:

- 1º) existem direitos fundamentais espelhados por todo corpo da Constituição;
- 2º) há, também, tais direitos nos tratados internacionais;
- 3º) possibilidade de ter direitos fundamentais implícitos (subentendido) nas normas do catálogo;
- 4º) bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição⁷.

Desse modo, pode-se considerar, de forma mais completa, que direitos fundamentais são todos aqueles que, pelo alto grau de importância dos seus conteúdos, constam no texto da Constituição ou em tratados internacionais; podendo ser expressos, implícitos ou decorrentes⁸.

Para Jose Carlos Vieira da Andrade há que considerar que todos os direitos fundamentais protegem e garantem bens da vida essenciais⁹.

Sob o prisma da fundamentalidade formal os direitos fundamentais são caracterizados por¹⁰:

- a) localizarem-se no topo do ordenamento jurídico, tendo natureza supra-legal;
- b) procedimento agravado para reforma constitucional;
- c) imutabilidade dos direitos elencados a cláusulas pétreas;
- d) aplicabilidade imediata.

⁷ Tanto os direitos implícitos como os decorrentes são espécies de direitos não-escritos.

⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada.

⁹ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 85.

¹⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 86-7.

1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS IMPLÍCITOS E DECORRENTES DO REGIME E DOS PRINCÍPIOS

Tanto os direitos implícitos como os decorrentes do regime e dos princípios são espécies de direitos não-escritos, sendo estes considerados gênero daqueles. Têm em comum o fato de serem sempre subentendidos.

Implícitos são aqueles que podem ser encontrados dentro de outro(s) direito(s) fundamental(ais) já existente(s), mediante a utilização da hermenêutica.

Importante salientar, nesse caso, que o direito subentendido na verdade é uma extensão dum direito fundamental expressamente positivado (constante no catálogo), de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

Neste sentido, verifica-se que a categoria dos direitos implícitos pode corresponder também – além da possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes do catálogo – a uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, cuidando-se, nesta hipótese, não tanto da criação jurisprudencial de um novo direito fundamental, mas, sim, da redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado¹¹. (Grifou-se)

Assim, os direitos implícitos apresentam-se como dilatação dimensional dos direitos fundamentais insertos no Título II da CF, não se falando no surgimento de um novo direito. Logo, correspondem ao aumento do raio de proteção dum direito fundamental expresso, não sendo considerados novos pelo simples fato de já existirem. Nesse sentido, reforça-se:

Diversa também é a atuação do intérprete quando se trata da identificação de direitos fundamentais não-escritos, mais especificamente, dos assim denominados direitos implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios. Na primeira hipótese, cuida-se de analisar se determinada posição jurídica, por subentendida em alguma norma expressa do catálogo constitucional, pode ser tida como abrangidas pelo seu âmbito de proteção, considerando-se assim implicitamente nele contida. Neste caso, conforme frisado alhures, há que ter em mente que a hipótese de se incluir certa posição no campo de abrangência de determinada norma de direito fundamental não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas, sim, à definição (ou redefinição) do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição, ampliando o seu âmbito

¹¹ Ob. citada, p. 101.

de proteção¹². (Grifaram-se)

Já os direitos fundamentais decorrentes são os que têm como fontes o regime (democracia social) e os princípios fundamentais da Constituição, estes considerados os insertos no Título I, arts. 1º ao 4º da CF. Aqui o intérprete utiliza sua capacidade criativa, “revelando os direitos fundamentais que se encontram em estado latente em nossa Carta (...)”¹³.

1.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tendo em mente que a classificação de determinado objeto está ligada diretamente à perspectiva pela qual o observador analisa-o, entende-se que diversas classificações podem ser dadas ao mesmo assunto. Assim, não é diferente quanto à(s) classificação(es) dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem ser encarados sob uma dúplici perspectiva: subjetiva e objetiva¹⁴. Esta incrusta a idéia de valor, dando vida às normas constitucionais, demonstrando a obrigação do Estado na concretização dos direitos fundamentais. Aquela, a

possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas [...]”¹⁵;

demonstrando-se, assim, não só como meio de defesa do indivíduo.

Sob essa dupla perspectiva pode-se dizer que há uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Partindo dessa premissa, I. W. Sarlet classifica os direitos fundamentais em dois gêneros (direitos de defesa e direitos a prestações), duas espécies dos direitos a prestações (em sentido amplo e em sentido restrito), e duas sub-espécies dos direitos a prestações em sentido amplo (direito à proteção e direitos à participação na organização e procedimento). Para melhor

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 147-8.

¹³ Idem, Ibidem, p. 148.

¹⁴ Idem, Ibidem, p. 150 e ss.

¹⁵ Idem, Ibidem, p. 164-5.

compreensão segue abaixo o seguinte esquema de classificação dos direitos fundamentais elaborado pelo ilustre autor acima citado:

A) Direitos de Defesa

B) Direitos a Prestações:

B.1) em sentido amplo:

- direito à proteção

- direitos à participação na organização e procedimento

B.2) em sentido restrito

1.3.1 DIREITOS DE DEFESA

Característica essencial do Estado Liberal (burguês), a sua não intervenção nos campos sociais, econômicos e até culturais, tinha como sustentáculos mecanismos jurídicos de proteção do indivíduo, em sua liberdade pessoal e propriedade, contra as ingerências do Poder Público. Valor esse que dominava todo o ordenamento jurídico, consolidando-se nos direitos fundamentais classificados historicamente como de 1ª geração (dimensão), e denominados direitos de defesa¹⁶.

Apesar da Teorização objetiva dos direitos fundamentais (de segunda dimensão), e o surgimento de várias funções - em virtude da dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) -, os direitos de defesa ainda constam nos catálogos das constituições deste milênio¹⁷.

Com base no exposto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais de defesa implicam

¹⁶ Idem, Ibidem, p. 180.

¹⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 560 e ss.

uma obrigação de abstenção do Estado (e até mesmo entidades privadas)¹⁸, devendo este respeitar “determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera da liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições”¹⁹.

De acordo com Canotilho, os direitos de defesa podem ser encarados de dois modos:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)²⁰.

Os direitos de defesa não se limitam às liberdades e igualdades, protegendo outras posições jurídicas. Desse modo, “o espectro dos direitos de defesa é de uma amplitude ímpar, permitindo, inclusive, desenvolvimentos dos mais diversos”²¹.

Os direitos individuais descritos no art. 5º e seus 78 incisos correspondem, via de regra, aos direitos de liberdade, desempenhando principalmente (e em maioria absoluta) a função de direitos de defesa.

1.3.2 DIREITOS A PRESTAÇÕES

O pensamento burguês acreditava que os direitos de defesa poderiam garantir a liberdade e igualdade somente pelo seu aspecto formal. Com o advento da revolução industrial houve um profundo impacto nas relações sociais, originando-se grandes injustiças sociais, sempre embasadas na ideologia de não-intervenção do Estado: irônico, em favor da liberdade de poucos, detentores dos meios de produção, estava-se escravizando muitos (trabalhadores). Os movimentos e revoltas da época levaram ao reconhecimento dos direitos sociais (direitos

¹⁸ A este respeito, v., dentre outros SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 4. ed., p. 187-8, que explanando sobre os direitos fundamentais sociais como direitos de defesa, alega uma proteção contra ingerências dos poderes públicos e entidades privadas.

¹⁹ Cf. MANSSEN, *Gerrit*, **Staatsrecht I**, p. 13, *APUD*: SARLET, Ingo Wolfgang, Ob. já citada, p. 181.

²⁰ CANTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 541.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 182.

fundamentais de segunda dimensão), concedendo ao Estado um papel mais ativo na busca da justiça social²², por meio da igualdade e liberdade sob o aspecto material.

Os direitos a prestações são, portanto, aqueles que podem ser cobrados do Poder Público, mediante sua atuação ativa na concretização dos direitos fundamentais. São, por exemplo, o direito à saúde, ao trabalho, à educação etc., “revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”²³. Têm como destinatário o indivíduo inserido no corpo social.

Podem ser divididos em²⁴:

a) direitos a prestações em sentido amplo: proteção da liberdade e igualdade (sob o prisma do Liberal) por meio da atuação do Estado, subdividindo-se em:

- direitos de proteção: proteção do Estado contra ingerências de terceiros em alguns bens pessoais.

- direitos de participação na organização e procedimento: “aqueles que asseguram ao indivíduo a execução (implementação) de procedimentos ou organizações em geral ou a possibilidade de participação em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes”.

b) direitos a prestações em sentido estrito: são as ações positivas do Estado (Social) na concretização dos direitos sociais. Na verdade buscam concretizar a igualdade e liberdade em seu aspecto material.

1.4 DIREITO-GARANTIAS

A doutrina brasileira, com base no ensinamento de Ruy Barbosa, considera direitos e

²² Idem, Ibidem, p. 55-6.

²³ Idem, Ibidem, p. 56.

²⁴ Idem, Ibidem, p. 206.

garantias fundamentais como algo distinto. Aqueles são normas declaratórias dos direitos; estas (garantias) são assecuratórias, têm por objetivo proteger tais direitos. Apesar dessa distinção, ambas podem existir num mesmo dispositivo²⁵.

Nota-se a instrumentalidade das garantias em relação aos direitos fundamentais, efetivando os direitos por elas protegidos.

Por sua ligação com os direitos fundamentais - e conseqüentemente sua exigibilidade junto aos poderes públicos - as garantias fundamentais são direitos subjetivos²⁶. Desse modo, fala-se em direito-garantias, pois se de um lado protege-se (assegura) um bem jurídico, por outro concede ao titular desse direito a possibilidade de fazer valê-lo judicialmente²⁷.

Quase todos os dispositivos elencados no art. 5º da CF são direito-garantias, ou seja, têm caráter assecuratório e de direito subjetivo concomitantemente. Vale lembrar o posicionamento de W.I. Sarlet:

É interessante observar que a maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos (art. 5º da CF) se enquadra na categoria dos direitos-garantia, ou seja, das garantias fundamentais, que, além de sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo²⁸.

Do exposto fica claro que os direito-garantias têm função dúplice porque são direitos subjetivos de natureza instrumental, encontrados em abundância no rol do art. 5º da CF.

1.5 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para melhor compreensão do conceito e abrangência da expressão “eficácia”, faz-se necessária uma breve explanação sobre “vigência”, “validade”, “aplicabilidade” e “efetividade”,

²⁵ Cf. BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira** (ordenados por Homero Pires), vol. V. São Paulo: Saraiva & Cia., 1934, p. 178.

²⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 186-7.

²⁷ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. já citada, p. 171 e ss.

²⁸ Ob. citada, p. 194.

pois são termos que se inter-relacionam e muitas vezes confundem.

Vigência é o fato de uma norma existir no ordenamento jurídico, o que ocorre depois de promulgada e publicada; a norma vigente pode ou não ser eficaz²⁹.

Já a validade diz respeito aos requisitos do ato normativo no processo de sua elaboração, ou seja, se o sujeito é competente, se a forma é prescrita ou não defesa em lei, e se o objeto é lícito e possível³⁰. Uma norma pode existir mesmo sendo inválida, pois a invalidade de um preceito pode ser declarada *a posteriori* sua vigência³¹.

Assim sendo, eficácia é a soma do fato de existir (vigência) com a sua aplicabilidade (possibilidade de produzir efeitos jurídicos).

Há dois tipos de eficácia: social e jurídica. Esta é a **possibilidade de aplicação** (abstrata) da norma ao caso concreto; aquela é a **aplicação** (realização) da norma ao caso concreto³². Assim, percebe-se que aplicabilidade e eficácia são faces da mesma moeda.

Para Luis Roberto Barroso efetividade é a concretização do Direito, ou seja, a materialização da norma, sua aplicação ao caso concreto. Nesse sentido, eficácia social e efetividade se confundem³³.

Feitas as devidas considerações, inicia-se o estudo da eficácia dos direitos fundamentais.

A maioria dos doutrinadores – Luis Roberto Barroso, Ana de Paula Barcelos, Paulo Bonavides, Ingo Wolfgang Sarlet, dentre outros - alega que toda norma constitucional (até mesmo as programáticas) tem certo grau de eficácia, ressaltando que sua exigibilidade oscila

²⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed., São Paulo: RT, 1982, p. 42.

³⁰ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Ob. já citada, p. 83-4; v., REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 105 e ss.

³¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 227, com base na lição de Luis Roberto Barroso.

³² Cf. SILVA, José Afonso da. Ob. já citada, p. 55-6.

³³ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Ob. já citada.

entre tais normas. Assim, há normas que geram imediatamente seus efeitos, e outras que, devido seu baixo grau de normatividade, dependem de outra para “gerar seus principais efeitos”³⁴.

Vale destacar que apesar de uma norma de baixa normatividade não produzir seus principais efeitos, não significa que ela seja ineficaz e inaplicável em seu todo. Ela é aplicável na medida da sua limitação normativa. Neste sentido, “todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia (variável de acordo com cada norma), imediatamente aplicáveis”³⁵.

Reza o art. 5º, § 1º da CF brasileira que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, e de acordo com a doutrina, todos os direitos fundamentais que constam no Catálogo, bem como os que não constam (espalhados em outros pontos da Constituição ou tratados internacionais), têm aplicabilidade imediata.

Conforme descrito alhures, a aplicabilidade de uma norma depende do seu grau de densidade normativa. Desse modo, os direitos de defesa (alta densidade normativa) têm aplicabilidade imediata plena, já os prestacionais, quando dependerem de concretização legislativa, também têm aplicabilidade imediata, porém, diferenciada. Logo, o poder Público deve reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais, porém, confrontando o caso concreto com a norma constitucional para estipular o seu *quantum* de eficácia e aplicabilidade.

Dessarte, mesmo diante da falta de concretização de um direito fundamental, o Juiz e os Tribunais podem, com base no art. 5º, § 1º da Carta Magna, materializá-lo ao caso concreto, valendo-se da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito³⁶, por meio do método interpretativo de concretização.

Sob o aspecto positivo (concretizador) “os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 242.

³⁵ Idem, Ibidem, p. 246.

³⁶ Idem, Ibidem, p. 262, embasado no ensinamento de Ruy Ruben Ruschel.

eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”³⁷.

Importante dizer nesse contexto o conceito e abrangência de eficácia interpretativa do insigne Prof. Luis Roberto Barroso:

*A eficácia interpretativa significa, muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. (...) A eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente*³⁸.

Referindo-se ao poder vinculante dos direitos fundamentais junto aos tribunais, bem como à Jurisdição cível, o eminente constitucionalista Sarlet, com base no ensinamento de Canotilho, explana que:

Ainda no âmbito destas funções positiva e negativa da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, é de destacar-se o dever de os tribunais interpretarem e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança, inclusive, a Jurisdição cível esfera na qual – ainda que numa dimensão diferenciada – também se impõe uma análise de influência exercida pelos direitos fundamentais sobre as normas de direito privado³⁹.
(Grifaram-se)

Importante frisar que além do Poder Público, os direitos fundamentais “exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares”⁴⁰.

A falta de efetividade das normas constitucionais – ou seja, a não concretização dos direitos contidos nessas normas no mundo dos fatos - provoca uma frustração generalizada no processo institucional brasileiro⁴¹.

³⁷ Idem, Ibidem, p. 360, com base no ensinamento de Jorge Miranda.

³⁸ Ob. já citada, p. 320-21.

³⁹ Ob. citada, p. 361, arrimado em lição de Joaquim José Gomes Canotilho.

⁴⁰ Idem, Ibidem, p. 362.

⁴¹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Ob. já citada, p. 279.

1.5.1 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS DE DEFESA

A doutrina constitucional corrobora no sentido de que os direitos de defesa – com sua característica de abstenção do Estado e dos particulares (destinatários dos direitos) - têm plena eficácia. Vale considerar também a intenção do Constituinte em dar alta densidade normativa aos direitos de defesa, por meio do art. 5º, § 1º da CF. Essa é a lição de I. W. Sarlet, referindo-se a Jorge Miranda:

Além disso, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos fundamentais encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa. [...] Justamente na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo⁴². (Grifaram-se)

Mesmo que ocorra a hipótese dum direito de defesa depender de uma lei, ou se existente for insuficiente, tal direito deverá ser concretizado por meio da interpretação dos juízes e demais operadores do direito. Até nesse caso a aplicabilidade será imediata, pois tal concretização é feita por meio de quem aplica o direito ao caso concreto, e não pelo legislador. Nesse ponto vale citar o eminente Vieira de Andrade:

[...] o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa⁴³. (Grifou-se)

O Supremo Tribunal Federal não aceita plenamente os argumentos doutrinários supra citados, que consideram os direitos de defesa dotados de eficácia imediata e plena. Eis o ensinamento de Sarlet:

[...] em que pese certa contenção por parte do Supremo Tribunal Federal no que tange ao reconhecimento das amplas possibilidades que decorrem do princípio da

⁴² Ob. citada, p. 269-70, conforme ensinamento de Jorge Miranda.

⁴³ Ob. citada, p. 256-7

aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – mesmo onde não se vislumbram obstáculos de maior relevância -, podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade⁴⁴. (Grifaram-se)

Assim, apesar da contenção do STF em reconhecer a amplitude decorrente do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a doutrina vem reconhecendo que os direitos fundamentais de defesa são dotados não só dessa aplicabilidade imediata, como também da máxima eficácia possível.

⁴⁴ Ob. citada, p. 274-5.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais provocaram uma revolução sob o aspecto normativo no Constitucionalismo contemporâneo, graças ao empenho e criatividade dos juristas pós-positivistas, que reconheceram a carga valorativa desses mesmos princípios. Desse modo, atribuiu-lhes normatividade, abrindo o caminho da Nova Hermenêutica Constitucional⁴⁵.

Essa juridicidade passou pelas seguintes fases⁴⁶:

- a) jusnaturalista: os princípios tinham características de abstração e eram desprovidos de normatividade;
- b) positivista: os princípios foram codificados, servindo apenas como fonte normativa subsidiária; e
- c) pós-positivista: reconhecimento da superioridade valorativa dos princípios, sendo elevados ao topo do sistema normativo.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 258 e ss.

⁴⁶ Cf. GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**, Coordenado por Renan Lotufo. São Paulo: Manole, 2006, pág. 77.

Outrora denominados simplesmente de princípios gerais, providos somente de sentido axiológico, servindo de orientação vaga e abstrata ao intérprete; hoje são a matéria-prima para concretização dos direitos fundamentais, já que para Paulo Bonavides⁴⁷ tais direitos não se interpretam; se concretizam.

Diante disso, mister se faz um estudo, deveras rápido, sobre os princípios constitucionais, pois são normas que regem todo o ordenamento jurídico, e segundo o Professor Paulo Bonavides,

Estes não são outra coisa senão princípios políticos introduzidos na Constituição. Adquiriram, graças a esta, uma juridicidade que, se por uma parte os limita, por outra, não quebranta de modo algum o elo axiológico necessário que os prendem às matrizes sociais donde brotaram e donde continuam aliás a receber inspiração, calor e vida⁴⁸.

Os princípios constitucionais são de grande valia, pois além de regerem a Constituição, clarificam o significado dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Paulo Bonavides preleciona que

Entre a interpretação da Constituição e a interpretação dos direitos fundamentais há apertados vínculos, servindo os princípios que regem aquela ao esclarecimento do significado das normas pertinentes a esses direitos⁴⁹.

Atualmente, os princípios são caracterizados como

normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata e não meramente programáticas como se pensava e pregava; vinculam os membros do Poder Judiciário; conferem legitimidade ao sistema – princípios constitucionais - ; e podem ser explícitos e implícitos⁵⁰.

Os princípios constitucionais são de importância vital ao sistema jurídico, pois além de legitimá-lo, garantindo sua constante atualização, servem como mecanismos normativo-axiológicos na interpretação das normas contidas no ordenamento jurídico.

⁴⁷ Ob. Já citada, p. 592.

⁴⁸ Ob. já citada, p. 462.

⁴⁹ Idem, Ibidem, p. 594.

⁵⁰ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Ob. já citada, p. 78.

2.2 DOS PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO⁵¹

Os métodos e conceitos clássicos não foram desprezados na atual interpretação das normas constitucionais. Todavia, em virtude da singularidade (supra-legalidade, linguagem diferenciada, conteúdo específico e caráter político) que tais normas apresentam, foram desenvolvidas categorias doutrinárias próprias, que receberam o nome de princípios instrumentais de interpretação constitucional. São eles: Princípio da Supremacia da Constituição, Princípio da Presunção de Constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, Princípio da Interpretação conforme a Constituição, Princípio da Unidade da Constituição, Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade, Princípio da Efetividade e Princípio da Harmonização das normas constitucionais ou concordância prática⁵².

Tais princípios devem ser levados em conta pelo intérprete antes da resolução do caso concreto. Saliente-se que eles não se encontram expressamente no corpo da Constituição, porém a doutrina e a jurisprudência os acolhem pacificamente.

Portanto, esses princípios hermenêuticos são normas de observância obrigatória a todo intérprete da Constituição⁵³, principalmente no momento de se observar o alcance e extensão dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que – repita-se, por oportuno – para Paulo Bonavides, tais direitos não se interpretam, mas, sim, se concretizam!

Passa-se, a partir de agora, a discorrer acerca de cada um deles com o fim especial de demonstrar o seu alcance e a sua importância para a nova interpretação dos preceitos constitucionais, mormente aqueles que versam sobre os direitos fundamentais.

⁵¹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Ob. já citada, p. 311 e ss.

⁵² LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 47.

⁵³ Idem, Ibidem.

2.2.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição goza de superioridade hierárquica em relação às demais normas do sistema, sendo um verdadeiro pressuposto de validade a todas as leis e atos (normativos ou jurídicos) de hierarquia inferior. Regula por meio do controle de constitucionalidade, a confecção das demais normas (limitação formal) bem como os conteúdos que elas podem ter (limitação material).

Nesse raciocínio, o dispositivo subconstitucional que com a Constituição conflitar, será inconstitucional, devendo ser afastado da ordem vigente pelos meios previstos no bojo do próprio Texto Maior.

2.2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E ATOS DO PODER PÚBLICO

O Legislativo, Executivo e Judiciário devem buscar os valores e fins da Constituição, concretizando-a. Apesar de o Judiciário ter papel destacado na interpretação e aplicação da Constituição, não podem ser desconsiderados os outros dois. Por isso deve (o Judiciário) ter uma atitude de respeito à interpretação feita pelo Legislativo e Executivo, cuja justificativa encontra-se na independência e harmonia dos poderes.

2.2.3 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Ao analisar uma norma infraconstitucional o aplicador pode chegar a mais de uma interpretação. Quando isso ocorrer, deverá buscar aquela que se adapta à Constituição, mesmo que seja a que menos resulte de seu texto (da norma infraconstitucional), porém, tomando a devida cautela para que não se torne um legislador positivo.

2.2.4 PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Considerando o ordenamento jurídico como um sistema, pressupõe-se sua unidade e validade, que para Norberto Bobbio são garantidos em virtude da Norma Fundamental⁵⁴. Assim sendo, é inadmissível a permanência da antinomia dentro dum sistema, os quais podem ser solucionados, no caso de normas infraconstitucionais, pelos critérios da especialidade e hierarquia da norma posterior.

Tal solução não pode ser possível na ocorrência de antinomia entre as normas constitucionais. Levando-se em conta que tais normas são dicotômicas, pois abrangem tanto os princípios como as regras, um conflito entre princípios, regras, ou entre ambos deverá ser resolvido aplicando-se a técnica da ponderação, cabendo ao intérprete harmonizar normas – valores – fato.

Desse modo, a “Constituição deve ser compreendida de forma sistêmica, não podendo o exegeta interpretar uma norma constitucional isoladamente”⁵⁵.

Isso se justifica por causa do princípio da unidade da Constituição, pois ocupando o topo da pirâmide hierárquica, não há como traçar uma diferenciação valorativa ou normativa entre as normas constitucionais. Se assim fosse possível, a própria unidade do ordenamento jurídico estaria comprometida, e inevitavelmente a sua segurança jurídica.

2.2.5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU DA PROPORCIONALIDADE

No controle externo dos atos administrativos, o Poder Judiciário somente pode analisar a competência, forma e finalidade, pois são requisitos vinculados à lei. Todavia, quanto se tratar do motivo e/ou objeto do ato administrativo, o Poder Judiciário, via de regra, não pode analisá-los, devido ao Mérito Administrativo, no qual dá ao Administrador Público certa

⁵⁴ Ver BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. Com base no ensinamento de Hans Kelsen.

⁵⁵ LEITE, George Salomão. Ob. já citada, p. 48.

discricionariiedade na escolha desses requisitos, sempre pautada na conveniência e oportunidade⁵⁶.

Em nome dessa discricionariiedade muitas injustiças foram (e são) cometidas pelo Poder Público. E é nesse péssimo contexto que a Doutrina consolidou o Princípio Constitucional da Proporcionalidade ou Razoabilidade, como meio de controle dos atos administrativos discricionários, bem como servindo de parâmetro de interpretação, buscando, assim, o fim constitucional intrínseco na norma ou decorrente do sistema, estabelecendo a justiça no caso concreto.

Desse modo, o Poder Judiciário pode invalidar atos administrativos ou legislativos quando:

- a) não houver adequação entre meio e fim perseguido (adequação);
- b) quando para se chegar a um resultado seja utilizado o meio mais gravoso dentre as alternativas possíveis (necessidade/vedação do excesso);
- c) quando o resultado a ser atingido não compensar o emprego do meio (proporcionalidade em sentido estrito).

2.2.6 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

A efetividade duma norma constitucional também é considerada pela doutrina um princípio, em virtude da sua importância, pois aproxima **dever ser** do **ser**: norma ao fato.

Com base nesse princípio o intérprete constitucional tem como meta efetivar a Constituição, utilizando-se, dentre as várias interpretações possíveis, aquela que vá ao encontro

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

da vontade constitucional, evitando, dessarte, argumentos frágeis como a não auto-aplicabilidade da norma ou a omissão legislativa.

2.2.7 PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS OU CONCORDÂNCIA PRÁTICA

Tal princípio é decorrente da unidade da Constituição, embasando-se na idéia de que não podem existir antinomias entre as normas constitucionais.

Assim determina que em caso de conflito entre bens jurídicos protegidos constitucionalmente, “deve-se impor a coordenação e combinação dos mesmos, de modo a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”⁵⁷.

2.3 OS PRINCÍPIOS MATERIAIS CONSTITUCIONAIS⁵⁸

Os princípios materiais servem de norte aos órgãos do poder, pois consubstanciam valores e fins almejados pelo Estado e pela Sociedade. Tais princípios são de extrema importância para os aplicadores do direito, porque têm o condão de determinar o sentido das normas. São divididos em três categorias: Princípios Fundamentais, Princípios Gerais e Princípios Setoriais.

2.3.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Princípios fundamentais são a essência da estrutura governamental, pois vinculam o regime, a forma e o sistema de governo, e também a forma de Estado, ou seja, estão ligados diretamente à organização do Poder Político.

⁵⁷ LEITE, George Salomão. Ob. já citada, p. 49.

⁵⁸ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Ob. já citada, p. 316 e ss.

São estabelecidos em sua maioria no Título I da Constituição Federal, mas podem ser encontrados em outras partes do texto da Carta Magna, como, por exemplo, no art. 76, revelando, assim, o princípio presidencialista: “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”.

2.3.2 PRINCÍPIOS GERAIS

São desdobramentos dos princípios fundamentais, espalhados por toda a ordem jurídica. A maior parte deles encontra-se no art. 5º da CF, o que conduz, indubitavelmente, a uma equiparação entre direitos fundamentais e princípios gerais. São exemplos: liberdade, isonomia, legalidade etc.

E tal possibilidade deflui da simples leitura do § 2º do art. 5º constitucional, *in verbis*:

Art. 5º [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Com permissivo inserto no próprio art. 5º, tem-se que os princípios gerais de índole fundamental e, portanto, protegidos sob o manto da intangibilidade, podem estar espalhados por todo o Texto Maior, inclusive na ordem infraconstitucional. É o que entendeu o STF na ADIn 939-7/DF:

O Rel. Min. Sydney Sanches – medida cautelar – no julgamento da ADIn 939-7/DF, entendeu tratar-se de cláusula pétrea a garantia constitucional prevista no art. 150, III, “b”, declarando que a EC n. 3/93, ao pretender subtraí-la da esfera protetiva dos destinatários da norma, estaria ferindo o limite material previsto no art. 60, § 4º, IV, da CF/88.⁵⁹

⁵⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

2.3.3 PRINCÍPIOS SETORIAIS

São aqueles que se referem a temas específicos, e.g. princípio da anterioridade em matéria tributária ou concurso público para provimento de cargos públicos.

2.4 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA EFICÁCIA JURÍDICA

Com base na terminologia da expressão “dignidade”⁶⁰, pode-se definir dignidade da pessoa humana como a elevação, grandeza e nobreza do ser humano. Assim, todo homem (em sentido amplo) é digno, pelo simples fato de ser considerado como tal.

Como decorrência “dignidade” não pode ser renunciada, destituída ou gerada, pois é intrínseca a todo humano⁶¹.

Elevada a princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana constitui-se em norma-valor: norma por ser uma regra expressa da Constituição; valor no sentido de anseio da Nação e norte de toda a Constituição:

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental [...], constitui norma jurídico-positiva com *estatus* constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. [...] na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa⁶².

O princípio da dignidade da pessoa humana é concretizado por meio dos direitos e garantias fundamentais. Assim, tal princípio é conteúdo comum (variando a intensidade) a esses

⁶⁰ Cf. HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Positivo, 2004.

⁶¹ Cf. SARLET. Ob. já citada.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 119-20.

direitos e garantias⁶³, bem como critério de legitimação para os direitos implícitos ou decorrentes encontrados⁶⁴.

De acordo com Pérez Luño, citado por I. W. Sarlet,

a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo⁶⁵.

Desse modo, o Estado tem o dever de respeitar e zelar pela dignidade do indivíduo, pois são valores altíssimos que direcionam toda a ordem constitucional, e não apenas os direitos fundamentais⁶⁶.

Esse pensamento é corroborado por Luis Roberto Barroso, referindo que o princípio da dignidade da pessoa humana “tornou-se o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais”⁶⁷.

De acordo com o mesmo autor, o princípio em tela vem consolidando-se, apesar das divergências na jurisprudência dos tribunais superiores, que se referem a ele de várias maneiras: “um dos fundamentos do Estado democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”⁶⁸; “a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.”⁶⁹

⁶³ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. já citada, p. 83 e ss.

⁶⁴ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 54.

⁶⁵ Ob. já citada, p. 120.

⁶⁶ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. Ob. já citada, p. 48 e ss.

⁶⁷ Ob. já citada, p. 317.

⁶⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HABEAS CORPUS 9.892 - RIO DE JANEIRO**. PUBLICADO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA EM 26.03.01. Relator originário Ministro Hamilton Carvalhido, Relator para ac. Min. Fontes de Alencar.

“RECURSO SUBSTITUTIVO DE HABEAS-CORPUS. ART. 75 DO CÓDIGO PENAL. MUDANÇA DO REGIME CARCERÁRIO.

- A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária.

- Ordem concedida.

- Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, verificado o empate, prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente, conceder a ordem para admitir a progressão do regime prisional, devendo o Juiz da Execução Penal dar curso ao pedido de progressão do regime, afastado o obstáculo

da decisão atacada no habeas corpus. Votou com o Relator o Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES. O Sr. Ministro VICENTE LEAL acompanhou a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR. Ausentes, por motivo de licença, o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON e, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.”

⁶⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL 816209 – RJ**. DJ 03.09.2007. Rel. Min. Luiz Fux.

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO, PRISÃO E TORTURA POR MOTIVOS POLÍTICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32.

1. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições constitucionais Transitórias.

2. **A tortura e morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.** Sob esse ângulo, dispõe a Constituição Federal: “Art. 1.º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

(...) III - a **dignidade da pessoa humana**;

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

3. Destarte, o egrégio STF assentou que: “... o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela inflicção de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.” (HC 70.389/SP, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, DJ 10/08/2001)

4. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da **dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.**

5. Consectariamente, não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito nalienável à dignidade.

6. Outrossim, a Lei nº 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem cominar prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto nº 20.910/95 no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano.

7. À lei interna, adjuntam-se as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, como, v.g., Declaração Universal da ONU, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

8. A dignidade humana violentada, *in casu*, posto ter decorrido, consoante noticiado pelo autor da demanda em sua exordial, de perseguição política que lhe fora imposta, prisão e submissão a atos de tortura durante o Regime Militar

de exceção, revelando-se referidos atos como flagrantes atentados aos mais elementares dos direitos humanos, que segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.

9. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que **o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1.º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos".**

10. **Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.**

11. O egrégio STJ, em oportunidades ímpar de criação jurisprudencial, vaticinou: "ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE POLÍTICA. PRISÃO E TORTURA. INDENIZAÇÃO. LEI Nº 9.140/1995. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. REABERTURA DE PRAZO.

1. Ação de danos morais em virtude de prisão e tortura por motivos políticos, tendo a r. sentença extinguido o processo, sem julgamento do mérito, pela ocorrência da prescrição, nos termos do art. 1.º, do Decreto nº 20.910/1932. O decisório recorrido entendeu não caracterizada a prescrição.

2. Em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva.

3. **O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana.** O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais consequentes da sua prática.

4. A imposição do Decreto nº 20.910/1932 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal.

5. O art. 14, da Lei nº 9.140/1995, reabriu os prazos prescricionais no que tange às indenizações postuladas por pessoas que, embora não desaparecidas, sustentem ter participado ou ter sido acusadas de participação em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 e, em consequência, tenham sido detidas por agentes políticos.

6. Inocorrência da consumação da prescrição, em face dos ditames da Lei nº 9.140/1995. Este dispositivo legal visa a reparar danos causados pelo Estado a pessoas em época de exceção democrática. Há de se consagrar, portanto, a compreensão de que o direito tem no homem a sua preocupação maior, pelo que não permite interpretação restritiva em situação de atos de tortura que atingem diretamente a integridade moral, física e dignidade do ser humano.

7. Recurso não provido. Baixa dos autos ao Juízo de Primeiro Grau." (REsp nº 379.414/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU de 17/02/2003)

12. Recurso especial provido, para afastar in casu a aplicação da norma inserta no art. 1.º do Decreto nº 20.910/32, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, para que se dê regular prosseguimento ao feito indenizatório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, por maioria, vencido o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (voto-vista), dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda (voto-vista), José Delgado (voto-vista) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

3 INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 A NOVA HERMENÊUTICA EM FACE DO POSITIVISMO DA INTERPRETAÇÃO CLÁSSICA

A interpretação clássica, fundada no Estado Liberal Burguês, tinha como característica essencial o positivismo lógico-formal⁷⁰, ou seja, o silogismo: premissa maior (norma) incidindo sobre premissa menor (fato), tendo como conclusão a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto⁷¹.

Como dito alhures, os direitos fundamentais dessa época eram somente os de defesa, exigindo apenas uma abstenção do Estado com relação à liberdade do indivíduo (esfera negativista e subjetivista). Assim, Estado e Sociedade eram entidades antagônicas.

A hermenêutica clássica (positivista), embasada no dedutivismo formalista, tinha como alvo o Direito Privado. Quando lançada ao Direito Público equiparava a Constituição à Lei, não levando em conta a diferenciação de natureza, substância e estrutura entre elas. Desse modo, os princípios e valores (matéria-prima da nova hermenêutica) eram desconsiderados, e como consequência os direitos fundamentais não eram concretizados⁷².

⁷⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 476.

⁷¹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Ob. já citada, p. 298.

⁷² Cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 582.

A idéia de um ordenamento jurídico despido de valores éticos, e a consideração da lei somente sob seu aspecto formal, foi o suporte teórico-jurídico para a ascensão do nazi-facismo na Europa. Esse é o entendimento do professor Luis Roberto Barroso:

Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente⁷³.

Essa visão de que o Direito deve estar imune a qualquer ideologia (sistema jurídico fechado) adquiriu importância capital na **Teoria Pura do Direito** de Hans Kelsen⁷⁴. Nessa obra, o autor leva em conta somente o aspecto de validade do ordenamento jurídico, desprezando eficácia e justiça, por não pertencerem, segundo ele, à Ciência do Direito⁷⁵.

Porém, o próprio Kelsen reformulou, após o holocausto, seu posicionamento na sua obra **Teoria Geral do direito e do Estado**⁷⁶, deslocando o sistema jurídico para a eficácia, “derrubando a validade como seu primeiro e único alicerce”⁷⁷.

Logo, é certo afirmar que o Direito Constitucional (obviamente também os direitos fundamentais) foi um direito sem interpretação até meados do século XX⁷⁸, quando se muda o enfoque dado ao sistema jurídico, antes fechado a qualquer valor, agora encarado como um sistema aberto,

interagindo necessariamente com outros sistemas, tais como os de ordem econômica, política, social etc., para que se tenha uma otimização de interpretação das normas jurídicas, sob pena de engessamento da lei, diante da velocidade dos acontecimentos fáticos na sociedade⁷⁹.

O intérprete clássico ficava restrito ao conteúdo pré-existente da norma, analisando todos os casos concretos sob o prisma normativo, não desempenhando nenhuma atividade

⁷³ Ob. já citada, p. 290.

⁷⁴ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito** (Trad. João Baptista Machado). 2. ed. São Paulo: Marins Fontes, 1987.

⁷⁵ Cf. GÓES, Gisele Santos Fernandes. Ob. já citada, pág. 74.

⁷⁶ Kelsen, Hans, **Teoria geral do direito e do Estado** (Trad. João Baptista Machado). 3. ed. São Paulo: Marins Fontes, 1998.

⁷⁷ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Ob. já citada, pág. 74-5.

⁷⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 580, referindo-se a Javier Perez Royo.

⁷⁹ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Ob. já citada pág. 76.

criativa na sua concretização. E é exatamente da insatisfação de alguns juristas com essa deficiência, que nasce a nova hermenêutica constitucional, sob a dimensão objetiva, calcada nos princípios e valores⁸⁰.

Para Paulo Bonavides a moderna interpretação da Constituição

Redundou assim na busca do sentido mais profundo das Constituições como instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social, onde essa ordem atua dinamicamente, num processo de mútua reciprocidade e constantes prestações e contra-prestações, características de todo sistema político com base no equilíbrio entre governantes e governados⁸¹.

O pós-positivismo, denominação dada a essa nova fase de interpretação constitucional, valoriza os princípios implícitos ou explícitos (elevando-os à categoria de normas), tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, e desse modo, aproximando Direito à Ética⁸².

A hermenêutica tradicional interpretava e aplicava somente regras, ao passo que a atual faz uma complementação com princípios; assim, as regras garantem a segurança jurídica, ao passo que os princípios realizam a justiça, adaptando a norma ao caso concreto, e não o inverso⁸³. Logo, nota-se a importância do ajuste do preceito jurídico aos novos costumes e valores sociais⁸⁴.

Vale destacar que na atual interpretação não são buscadas mais a vontade da lei ou do legislador, e sim a do intérprete. Aquelas são usadas como argumentos para a consolidação desta (vontade do intérprete). Sobre a vontade do intérprete, esclarece Paulo Bonavides:

Na vida do direito, a interpretação, pois, já não se volve para a vontade do legislador ou da lei, senão que se entrega à vontade do intérprete ou do juiz, num Estado que deixa assim de ser o Estado de Direito clássico para se converter em Estado de justiça, único onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito

⁸⁰ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Ob. já citada, p. 287.

⁸¹ Ob. já citada, p. 476.

⁸² Cf. BARROSO, Luis Roberto. Ob. já citada, p. 290-1.

⁸³ Idem, Ibidem.

⁸⁴ Cf. GÓES, Gisele Santos Fernandes. Ob. já citada, pág. 94.

Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição⁸⁵. (Grifou-se)

Os atuais positivistas (ou neo-positivistas) criticam a nova hermenêutica alegando o risco dum autoritarismo dos valores⁸⁶, arruinando todo o sistema jurídico, e como conseqüência a quebra da segurança jurídica, pois “considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas”⁸⁷. Isso ocorre em virtude da Teoria da Argumentação⁸⁸, onde “há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese [...]”⁸⁹. A dificuldade resulta, contudo, em saber qual delas é a correta.

Uma maneira que visa evitar um abalo no ordenamento jurídico, foi desenvolvida por Friedrich Müller, em sua Teoria Estruturante de interpretação dos Direitos Fundamentais. Para esse autor todos os meios devem ser utilizados no processo de concretização da norma, de modo que a flexibilização deixada pela tópica (argumentos) deve ter vinculação às normas constitucionais, para que não haja dissolução do teor normativo da Constituição⁹⁰. Esse também é o entendimento de Konrad Hesse, sendo que “a atividade interpretativa encontra-se vinculada à norma, embora durante o processo de concretização haja um espaço para a criatividade do intérprete”⁹¹.

Já Luis Roberto Barroso aponta três parâmetros para o controle da argumentação⁹². Eles:

a) a argumentação deve estar embasada em fundamentos normativos (mesmo implícitos), ou seja, deve preservar o seu caráter jurídico;

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 477.

⁸⁶ Idem, Ibidem, p. 587 e ss.

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. Ob. já citada., pág. 305.

⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. Ob. já citada, p. 328: “A Teoria da Argumentação tornou-se elemento decisivo da interpretação constitucional, nos casos em que a solução de um determinado problema não se encontra previamente estabelecida pelo ordenamento, dependendo de valorações subjetivas a serem feitas à vistas do caso concreto. Cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados envolvem o exercício de discricionariedade por parte do intérprete. Nessas hipóteses, o fundamento de legitimidade da atuação judicial transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.”

⁸⁹ Idem, Ibidem, p. 298.

⁹⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 499, com base na doutrina de Friedrich Müller.

⁹¹ LEITE, George Salomão. Ob. já citada, p. 73.

⁹² Ob. já citada, p. 305 e ss.

b) os critérios adotados na argumentação de um caso concreto devem ser transformados em regra geral para casos semelhantes;

c) o intérprete deve orientar-se pelos princípios instrumentais de interpretação constitucional, bem como pelos princípios materiais, de teor axiológico, ideológico e finalístico.

3.2 A DEFICIÊNCIA DA VELHA HERMENÊUTICA COM RELAÇÃO À EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os métodos clássicos formulados por Savigny raramente conseguem revelar o sentido dos direitos fundamentais, pois são destinados à lei e ao Direito Privado, procurando equiparar as normas constitucionais à lei; logo, são rebeldes a valores e presos a técnicas lógico-dedutivistas⁹³.

Por método dedutivo deve-se entender que o intérprete parte da norma para o fato, fazendo que este se conforme àquela (subsunção).

Interpretar os direitos fundamentais somente com as técnicas clássicas é praticar injustiça social; diminuir a eficácia jurídica e efetividade de tais direitos, mumificando normas axiológicas e, desse modo, travando o dinamismo do Direito. Esse pensamento é confirmado nas palavras do eminente professor Paulo Bonavides:

[...] aquele dedutivismo formalista excluía da Ciência do Direito e da tarefa hermenêutica a consideração de princípios e valores, sem cuidar que estes formam o tecido material e substrato estrutural já da Constituição, já dos direitos fundamentais. Afastados da interpretação, sem eles não há, em rigor, concretização [...]⁹⁴

A metodologia programática, essencial outrora, esvaiu-se, sendo substituída por outra que garante a juridicidade e eficácia dos direitos fundamentais. A eficácia formal clássica dos direitos civis foi substituída pela eficácia real dos direitos fundamentais para todos os cidadãos.

⁹³ Cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 582-598.

⁹⁴ Idem, Ibidem, p. 582.

Isso não significa a exclusão dos métodos clássicos para interpretação dos direitos fundamentais, mas sim, da sua exclusividade em tal empreitada. Dessarte, haverá uma pluralidade de métodos, onde o intérprete dos direitos fundamentais buscará a justiça social, concretizando-os. Posicionamento semelhante é o do professor George Salomão Leite que diz:

[...] o método clássico de interpretação é plenamente aplicável à Constituição; entretanto, quando este não for suficiente, o intérprete se socorrerá das técnicas elaboradas pela Hermenêutica Constitucional para a concretização das normas constitucionais⁹⁵.

Para Bonavides haverá uma pluralidade de métodos, sendo que o interprete utilizará o clássico e/ou do moderno; já para George Salomão Leite, o intérprete constitucional deve utilizar o método clássico, só valendo-se da nova hermenêutica quando aquele for ineficaz na aplicação do direito ao caso concreto.

Na verdade, entende-se a interpretação do texto constitucional deve ser orientada sempre pelo caminho mais hábil a fazê-la concretizar-se no tempo e no espaço. Se o método clássico é o mais hábil, deve ser ele utilizado; se o mais moderno (nova hermenêutica), a opção deve se inclinar nesse sentido. Tal assertiva deve ser ainda mais observada quando se quer dar a plena efetividade aos direitos fundamentais, uma vez que, por ordem da própria Constituição, as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse o conteúdo do § 1º do art. 5º constitucional.

3.3 INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOVA HERMENÊUTICA

Se a tripartição dos poderes corresponde à imagem do Estado, os direitos fundamentais são a da Sociedade. Tais direitos são complexos, “por retratarem os fatores sociais do poder, sujeitos a constantes variações, das quais recebem um certo grau de relevância interpretativa”, em sintaxe: por causa da sua dimensão objetiva⁹⁶.

Na visão de Paulo Bonavides os direitos fundamentais devem ser concretizados:

⁹⁵ LEITE, George Salomão. Ob. já citada, p. 34.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 586-7.

Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido⁹⁷.

Na hermenêutica não se utiliza somente o elemento dedutivo, mas principalmente o indutivo, ou seja, não se parte mais da norma para o fato, mas do fato (já com uma pré-compreensão valorativa do intérprete) para a norma. Percebe-se, dessarte a importância do “conceito de **pré-compreensão** (*Vorverständnis*), sem o qual não há concretização”⁹⁸.

Para a interpretação dos direitos fundamentais, e devido sua peculiaridade, devem ser considerados os seguintes aspectos: o raio de proteção de cada direito fundamental, as suas reservas legais, as normas complementares dessas reservas, as normas infralegais (procedimentais, decretos e competência) e os demais preceitos constitucionais⁹⁹.

Diante disso o intérprete recorre ao princípio da proporcionalidade, recurso esse que também serve de apoio à Nova Hermenêutica.

Desse modo, a interpretação dos direitos fundamentais escora-se nos princípios de interpretação constitucional, entre os quais vale ressaltar o princípio da unidade da Constituição, por proteger o seu espírito, eliminando assim, contradições e preservando a unidade do sistema.

Outro princípio de relevância é o da efetividade dos direitos fundamentais, pois estende-se até o “Direito Civil e faz, em razão disso, o Direito Privado, com os seus institutos, se tornar de certa maneira uma província do Direito Constitucional”¹⁰⁰.

Já no caso de dúvida interpretativa, deve-se acatar a norma que corrobora a eficácia do direito fundamental¹⁰¹.

Sob o prisma da Nova Hermenêutica, os direitos fundamentais só podem ser entendidos levando-se em conta os conceitos de “dimensão objetiva”, “pré-compreensão” e “concretização”.

⁹⁷ Idem, Idem, p. 592.

⁹⁸ Idem, Ibidem, p. 582-589.

⁹⁹ Idem, Ibidem, p. 592.

¹⁰⁰ Idem, Ibidem, p. 596.

¹⁰¹ Idem, Ibidem, p. 594-5.

3.4 TÓPICA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo George Salomão Leite o termo tópica foi cunhado por Aristóteles no seu famoso texto *Tópica*, no qual trata do pensamento filosófico apodítico e da dialética sofista, este centrado no oponível, aquele na verdade. Aplicando sua ciência lógica à tópica, Aristóteles tinha como objetivo estabelecer um método que, calcado em proposições em conformidade com opiniões, eliminasse a possibilidade de contradições, e diante dum problema qualquer, pudessem ser selecionadas as opiniões adequadas, posicionando-se a favor ou contra. Dessarte, Aristóteles alega que a tópica abrange os raciocínios decorrentes de premissas aceitas como verdadeiras pela maioria¹⁰², ou seja, “o que a todos, ou a grande maioria ou aos doutos se lhes afigurava verdadeiro”¹⁰³.

Portanto, a tópica aristotélica “é uma técnica (*techne*) que parte de uma classificação das opiniões comuns, sentidos comuns, ordenados em categorias. Estes lugares comuns são chamados *topoi*”¹⁰⁴.

Mas é o jurista romano Cícero quem adapta a tópica à argumentação, transladando o enfoque dado ao apodítico e dialético (pensamento filosófico) para a invenção e formação de juízo. Assevera que em qualquer caso os *topoi* (opiniões comuns) poderão ser utilizados, ressaltando a criação de um quadro com possíveis perguntas, o que levaria a uma associação das provas cabíveis.

Já para Cícero a tópica “seria a arte (*ars inveniendi*) de se encontrar os *topoi*, e a formação de juízo, suas aplicações para as conclusões”¹⁰⁵.

Na idade moderna, Vico foi quem defendeu a tópica das críticas do cartesianismo, porém em vão, pois logo ela caiu no esquecimento¹⁰⁶.

¹⁰² Cf. BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento** (Coordenado por Renan Lotufo). São Paulo: Manole, 2006, pág. 190.

¹⁰³ ARISTÓTELES. *APUD*: BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 489.

¹⁰⁴ BRITO, Alexis Augusto Couto de. Ob. já citada, pág. 191.

¹⁰⁵ Idem, *Ibidem*.

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 489.

Do exposto, pode-se encarar a tópica como uma técnica que parte do problema (pensamento problemático) com vistas a solucioná-lo, valendo-se de argumentos válidos. Por isso confronta o formalismo do pensamento sistemático, no qual a solução decorre das premissas pré-estabelecidas dum sistema, e não do problema.

Criticando o método sistemático dedutivo, Theodor Viehweg na sua obra *Tópica e Ciência do Direito* (1953)¹⁰⁷, dá um novo enfoque à metodologia do direito. Para esse insigne autor a *práxis* jurídica tem natureza tópica, pois a solução de um problema não depende da lógica do sistema, e sim das possíveis premissas (argumentos)¹⁰⁸. E assim diz que

quando se depara, onde quer que seja, com um problema, pode-se naturalmente proceder de um modo simples, tomando-se, através de tentativas, pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente. Buscando-se, desse modo, premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a conseqüências que nos iluminem¹⁰⁹.

Isso não significa que ele descarte a existência de um sistema, mas sim rejeita a idéia dum sistema lógico formal ou axiomático dedutivo (fechado)¹¹⁰. Desse modo, fica evidente que a argumentação ocorrerá em um sistema aberto¹¹¹.

Disso resulta que haverá diversas alternativas que conduzirão a distintas respostas, dentre as quais deverá ser escolhida uma focada no consenso para solução do problema.

Viehweg na sua voraz crítica ao método sistemático axiológico-dedutivo salienta a importância da invenção, ou seja, descobrimento de argumentos jurídicos (*topois*) para alcançar uma decisão. E a tópica “seria *ars inveniendi*, a técnica de pensamento que ensina a descobrir esses argumentos que são úteis na justificação de decisões por gozar de consenso no conjunto social ou na comunidade jurídica”¹¹².

¹⁰⁷ Paulo Bonavides traduz o título como **Tópica e jurisprudência** em seu livro **Curso de direito constitucional**, 17. ed., p. 598.

¹⁰⁸ Cf. BRITO, Alexis Augusto Couto de. Ob. já citada, pág. 189-90.

¹⁰⁹ VIEHWEG, Theodor, **Tópica e jurisprudência**, p. 36, *APUD*: BRITO, Alexis Augusto Couto de. Ob. já citada, pág. 192.

¹¹⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 493.

¹¹¹ Cf. BRITO, Alexis Augusto Couto de. Ob. já citada, pág. 199.

¹¹² Idem, *Ibidem*, pág. 193.

Já os *topoi* são definidos como “pontos de vista pragmáticos de justiça material”, ou “estabelecimentos de fins jurídico-positivos”, ou ainda, “pontos retóricos de partida para a argumentação do problema”¹¹³. Para Maria Helena Diniz são “pontos de vista que são muito indeterminados e não gerais, mas que, no decorrer dos tempos, têm sido reconhecidos”¹¹⁴.

Importante, ainda, a definição de *topoi* dada por Viehweg: “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”¹¹⁵.

Observa-se que os *topoi* são fundamentados não no sistema - ou seja, não derivam da experiência legislativa ou duma certeza objetiva - mas sim, no reconhecimento social-jurídico, assim, vinculados ao assunto (problema) tratado, sem que haja hierarquia entre eles¹¹⁶.

Encontram-se na literatura jurídica vários exemplos de *topoi*, tais como as expressões “lugar comum”, *in dubio pro reo*, “o direito de um termina quando começa o do outro” etc¹¹⁷.

A tópica contribuiu muito à Ciência Jurídica, pois além de encarar o direito sob uma nova perspectiva, criou um novo método de interpretação constitucional (método tópico), onde o ponto de partida é o próprio problema – caso concreto apresentado – e a solução é decorrente dele, onde os métodos clássicos de interpretação são rebaixados à condição de pontos de vista (*topoi*), encarados como “instrumentos auxiliares que o intérprete em presença do problema poderá empregar ou deixar de fazê-lo, conforme a valia ocasional eventualmente oferecida para lograr a solução precisa”¹¹⁸.

Esse novo método de interpretação constitucional tem como sustentáculo o consenso, e por ponto de partida uma “pré-compreensão” do problema bem como da Constituição.

¹¹³ ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 155. APUD: BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**, 17ª ed., p. 490.

¹¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 121.

¹¹⁵ VIEHWEG, Theodor, **Tópica e jurisprudência**, p. 36, APUD: BRITO, Alexis Augusto Couto de. Ob. já citada, pág. 195.

¹¹⁶ Cf. BRITO, Alexis Augusto Couto de. Ob. já citada, pág. 194-96.

¹¹⁷ Idem, Ibidem.

¹¹⁸ Cf. BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada., p. 488 e ss.

3.4.1 DIFERENCIAÇÃO: AXIOMAS, PRINCÍPIOS E *TOPOI*

Dada à importância do entendimento, para este trabalho, das expressões que nominam o presente tópico, passa-se a firmar suas acepções.

Axiomas: normas valorativas dentro dum sistema jurídico fechado, onde não há espaço para contradições, caracterizado pelo seu método dedutivo, com exclusiva lógica formal¹¹⁹. Com isso tais normas são simplesmente supletivas, não dotadas de eficácia até porque não vinculam o intérprete. A título de exemplo vale citar o modelo kelseniano, que reconhecendo certa carga valorativa ao sistema jurídico axiomático, abafa a criatividade do intérprete com sua perspectiva fechada, explicada por meio duma pirâmide de validação.

Princípios: normas que fazem parte de um sistema jurídico flexível, legitimando-o e mantendo sua unidade. Assim é inevitável o surgimento de antinomias, que em casos de normas constitucionais serão resolvidas por meio da ponderação. Eles irradiam todo o ordenamento jurídico, e sob essa óptica aberta dá ao intérprete uma liberdade, não ilimitada, permitindo uma maior proximidade com a realidade, e assim fazendo justiça na solução de um caso concreto. Desse modo os princípios eliminam totalmente a discricionariedade judicial (juízo de oportunidade e conveniência), pois o Judiciário tem a obrigação de motivar suas decisões judiciais, consoante art. 93, IX da Constituição Federal, e “essa motivação decorrerá da utilização dos princípios jurídicos, como forma de se atingir o grau de otimização desejado pelo sistema jurídico”¹²⁰. É justamente a tópica que proporcionou a maleabilidade do sistema jurídico, aumentando assim, a importância dos princípios no ordenamento jurídico.

Topoi: não são normas, e sim, meros pontos de vista, posições, conclusões, argumentos que conduzem à solução do caso concreto. Assim sendo, os *topoi* têm o aval da maioria, desde que haja compatibilidade com o pensamento jurídico-filosófico¹²¹, sendo “antes de tudo noções ocas, vazias, rarefeitas que tomam corpo diante da necessidade e diante do problema”¹²². O nobre

¹¹⁹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. Ob. já citada, pág. 183.

¹²⁰ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Ob. já citada, pág. 95.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 492, com base no ensinamento M. Kriele.

¹²² BRITO, Alexis Augusto Couto de. Ob. já citada, pág. 197.

professor George Salomão Leite equipara *topoi* aos princípios constitucionais de interpretação¹²³, isso com base nos “princípios tópicos de interpretação constitucional” desenvolvidos por Canotilho¹²⁴.

3.4.2 NATUREZA JURÍDICA: UM *TOPOI*

Pode-se considerar natureza jurídica como a essência de um instituto, que pode ser coincidente ou análoga a um instituto já estabelecido no ordenamento jurídico, bem como possuir uma essência ainda não prevista no direito positivo¹²⁵.

Assim o operador do direito frente ao problema (caso concreto), colhe suas peculiaridades contrastando-as com o ordenamento jurídico vigente, e, ato contínuo, determina o instituto jurídico, bem como levanta um ponto de vista consensual (natureza jurídica de tal instituto) que o auxiliará na solução do problema, ou mais precisamente, na decisão judicial. Importante ressaltar o exemplo do ilustre Prof. Francisco José Garcia Figueiredo:

[...] ao surgir um acordo entre um tomador de serviço e o respectivo executor, o cientista do direito verifica, no ordenamento jurídico, que figura já existe que espelha o perfil desse novo acontecimento. Identificado que é um contrato, v.g., naquele instante exato, nota-se um feixe de regras jurídicas relativamente à figura do contrato incidir sobre o acordo aqui ilustrado. Nesse momento, portanto, identificou-se a natureza jurídica daquele acordo e, com isso, dentre outras, as regras que norteiam o interessado para ir a juízo quando seu direito for violado. De outro modo, identificaram-se, também, as regras concernentes à prescrição. [...] Se a identificação das características do instituto estudado coincidissem com a já consagrada figura do tributo, o regramento prescricional seria totalmente diferente daquele norteador da figura do contrato, indo-se buscar as regras pertinentes, em primeira tentativa, no Código Tributário Nacional ao invés da busca passar, de início, pelo Código Civil¹²⁶. (Grifaram-se)

Percebe-se então que a expressão “natureza jurídica” não se enquadra no conceito de axioma ou princípio, pois não é uma norma, e sim, um ponto de vista que orienta o operador do

¹²³ Ob. já citada, p. 74.

¹²⁴ CANTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. já citada, p. 226 e ss.

¹²⁵ FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. O princípio da norma mais favorável, a dupla natureza jurídica dos danos materiais e sua prescrição. **Jornal do 47º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho**. São Paulo, jun. 2007. 3º painel: Princípios específicos do direito processual do trabalho e os avanços do direito processual civil, p. 26.

¹²⁶ Idem, Ibidem.

direito a entender-resolver o caso concreto, ou seja, é a partir da identificação da natureza jurídica de determinado instituto que se entrevêem as regras existentes no ordenamento jurídico que lhe dão juridicidade. Nesse sentido vale citar o nobre Prof. Mauricio Godinho Delgado:

encontrar a natureza jurídica de uma figura do Direito [...] consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito¹²⁷.

Exemplo disso é, exatamente, a identificação – a partir da definição da natureza jurídica – das regras que delineiam a prescrição dum certo instituto, ou seja,

ao se ter conclusiva a natureza jurídica de certo instituto dado, tem-se, a um só tempo, a delimitação das regras jurídicas que darão juridicidade àquele mesmo instituto. Tanto assim se dá que, nesse instante, se tem, inclusive e precipuamente, o prazo legal prescricional relativamente ao instituto em apreço¹²⁸.

Sob o prisma da hermenêutica, e mais detalhadamente do método tópico, pode-se dizer que natureza jurídica é uma posição, ou conclusão, ou argumento, ou ponto de partida para a argumentação do problema, todos embasados no consenso jurídico. Dessarte, o intérprete ao analisar o problema forma um ponto de vista com intuito de solucioná-lo. Noutro dizer, a natureza jurídica pode ser entendida como sendo um *topoi*.

3.5 TEORIA ESTRUTURANTE DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desenvolvida por Friedrich Müller tal teoria afirma que os direitos fundamentais são normas positivas, que não são contidas já no corpo da lei (texto constitucional), pois o texto normativo é apenas uma introdução (preâmbulo) da norma jurídica. Dizendo de outro modo, “constitui apenas o ponto de partida do processo de concretização que o jurista, ou, mais precisamente, o juiz, vai levar a cabo”¹²⁹.

¹²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 308.

¹²⁸ FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. Ob. já citada.

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 611.

Com isso Müller identifica alguns conceitos no processo interpretativo, quais sejam:

a) Norma-texto: é o texto em si, a parte literal da norma;

b) Programa da norma ou norma-programa: é o texto já interpretado por meio das diversas técnicas hermenêuticas; e

c) Âmbito da norma: é o fato extraído do mundo real, com vistas a identificar a norma de Direito que deverá ser aplicada ao caso concreto. Essa só efetiva-se mediante solução (norma-decisória), chegando-se ao fim do processo de concretização.

O ilustre autor ainda defende a utilização combinada dos meios clássicos de Savigny (gramatical, histórico, genético e o sistemático) com os da Nova Hermenêutica constitucional, tais como “a interpretação conforme a Constituição”, “exatidão funcional”, “proporcionalidade”, “concordância prática”, e “conexão de direitos fundamentais e competências”¹³⁰.

Assim o intérprete parte da norma-texto aplicando sobre ela as novas e velhas técnicas interpretativas, até chegar à norma-programa, e ato contínuo, ao âmbito da norma (elementos fáticos). Desse modo identifica a norma de Direito e concretiza-a por meio da norma decisória.

A teoria estruturante unificou o Ser e o Dever-Ser, *sein* e o *sollen*, - outrora separados pelo positivismo formal - compactando a unidade integrativa da norma¹³¹. Logo a norma de Direito é uma integração do Ser e Dever-Ser.

A teoria estruturante de interpretação dos direitos fundamentais é importante, pois, segundo Müller, fortalece a positividade, materialidade e racionalidade desses direitos, “coroando, em sua função normativa, ‘uma legítima democracia’”¹³².

¹³⁰ Idem, Ibidem.

¹³¹ Idem, Ibidem.

¹³² Idem, Ibidem.

3.6 MÉTODO DE CONCRETIZAÇÃO ESPECÍFICO NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com base nos conceitos formulados por Friedrich Müller em sua teoria estruturante de interpretação dos direitos fundamentais (norma-texto, norma-programa, norma-âmbito, norma-direito e norma-decisão), e na Tópica Jurídica de Theodor Viehweg, nasce a tese de concretização formula por Konrad Hesse, onde interpretar é sinônimo de **concretizar**¹³³.

Essa nova técnica afasta-se da subsunção utilizada pela velha hermenêutica positivista, e com base no voluntarismo subjetivo ou objetivo,

o intérprete se volve diretamente para uma ‘compreensão’ do conteúdo da norma que se vai concretizar. Esse ato de compreensão acha-se indissociavelmente vinculado tanto à ‘pré-compreensão’ do intérprete como ao *problema* concreto que se vai resolver¹³⁴.

Para Hesse a interpretação constitucional e os problemas concretos são interdependentes. Ressalta ainda a criatividade na hora da interpretação jurídica, porém, vinculada aos limites da norma e do seu conteúdo material de realidade.

Com relação à tópica, o eminente jurista alega que o intérprete não pode fazer uma livre escolha de *topoi*, bem como limita o alcance da concretização por meio da *constitutio scripta*,

[...] não fica à mercê do intérprete os *topoi* que deva trazer à colocação dentre a multiplicidade dos pontos de vista. De um lado, o intérprete só pode utilizar no trabalho de concretização aqueles pontos de vista que se encontram relacionados com problema; a vinculação ao problema exclui *topoi* estranhos à questão. De outro lado, se acha obrigado à inclusão em seu ‘programa normativo’ e em seu ‘âmbito normativo’ dos elementos de concretização que lhe proporciona a norma constitucional mesma assim como das diretrizes que a Constituição contém em ordem à aplicação, coordenação e vinculação de ditos elementos no curso da solução do problema¹³⁵.

¹³³ Idem, Ibidem, p. 604.

¹³⁴ Idem, Ibidem.

¹³⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, p. 493. APUD: LEITE, George Salomão. Ob. já citada, p. 73.

Importante ainda é o entendimento de Hans Huber, nas palavras de Paulo Bonavides, segundo o qual concretizar significa

dilatar os conteúdos constitucionais, exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos no decurso do tempo e ao compasso das mudanças ocorridas na Sociedade¹³⁶.

O método concretista “gravita ao redor de três elementos básicos: a **norma** que se vai concretizar, a ‘**compreensão prévia**’ do intérprete e o **problema concreto a resolver**”¹³⁷.

A **compreensão prévia** diz respeito aos aspectos da realidade circundante:

A pré-compreensão do intérprete consiste na análise da realidade histórica em que se encontra inserido, na compreensão prévia do meio social a que pertence, realidade esta que conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos¹³⁸.

3.7 INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para melhor compreensão do exposto será interpretado o art. 5º, inc. X da CF, servindo-se da Teoria da Argumentação. Assim, serão utilizados a tópica, a teoria estruturante de interpretação dos direitos fundamentais e o método concretista. Evidentemente, aplicar-se-ão, na medida do possível, em virtude da ausência do caso concreto, haja vista que tais métodos são caracterizados pela problemática.

Reza o art. 5º, inc. X da Carta Magna que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O texto está dividido em duas partes: a primeira consiste numa proteção aos indivíduos contra ingerências, por parte do Estado e dos particulares, à intimidade, à vida privada, à honra e

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo. Ob. já citada, p. 606.

¹³⁷ Idem, Ibidem, p. 482.

¹³⁸ LEITE, George Salomão. Ob. já citada, p. 73.

à imagem das pessoas. São direitos de defesa¹³⁹, pois obrigam o Poder Público e os particulares a uma abstenção, ou seja, a um não-fazer, ou a um fazer com restrições (aspecto jurídico-objetivo); como também implica no exercício positivo dos direitos fundamentais ali inseridos, exigindo omissões dos poderes públicos no intuito de evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (aspecto jurídico-subjetivo).

Sob outro prisma, também é correto dizer que a primeira parte trata de uma **norma declaratória**, pois estabelece direitos.

Já a **segunda parte** do artigo em análise diz respeito a uma **garantia**, sendo um direito subjetivo à pretensão à ação de indenização pelo dano material ou moral, decorrente da violação dum direito de defesa inserto na primeira parte. Assim, tem o condão de proteger e efetivar o(s) direito(s) de defesa lesionado(s), por meio de sua instrumentalidade¹⁴⁰.

Do exposto, pode-se afirmar que o art. 5º, inc. X, da Constituição Federal contem direitos e garantia, pois dele emanam direitos subjetivos de defesa e de natureza instrumental (garantia). Importante citar novamente o ensinamento do festejado professor Sarlet:

[...] a maior parte dos dispositivos que integram o capítulo dos direitos individuais e coletivos (art. 5º da CF) se enquadra na categoria dos direitos-garantia, ou seja, das garantias fundamentais, que, além de sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo¹⁴¹.

De grande valia é a lição de Rodrigo César Rebello Pinho:

Alguns dispositivos constitucionais contêm direitos e garantias no mesmo enunciado. O art. 5º, X, estabelece a inviolabilidade do direito a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando, em seguida, o direito a indenização em caso de dano material ou moral provocado pela sua violação¹⁴².

¹³⁹ Sobre os direitos de defesa ver o sub-tópico 1.3.1 do presente trabalho.

¹⁴⁰ Sobre as garantias fundamentais ver o tópico 1.4 do presente trabalho.

¹⁴¹ Ob. já citada, p. 194.

¹⁴² PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

Do escrito até agora surge uma pergunta fundamental: a primeira parte do art. 5º, inc. X estabelece somente os direitos subjetivo-objetivos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas?

Como dito alhures, existem direitos fundamentais implícitos nas normas do catálogo, ou seja, direitos fundamentais subentendidos no rol do Título II da CF. Noutro dizer, direitos que podem ser encontrados dentro de outro(s) direito(s) fundamental(ais) já existente(s), mediante a utilização da hermenêutica¹⁴³.

Na verdade o direito implícito é “uma extensão (mediante o recurso à hermenêutica) do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado” ou “definição (ou redefinição) do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição, ampliando o seu âmbito de proteção”¹⁴⁴.

É sabido que todos os direitos e garantias fundamentais são calcados no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF). Assim, tal princípio é conteúdo comum (variando a intensidade) a esses direitos e garantias, **bem como critério de legitimação para os direitos implícitos ou decorrentes encontrados**¹⁴⁵.

Uma dimensão intimamente associada ao valor da dignidade da pessoa humana é a proteção da integridade física. Nesse sentido “não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo”¹⁴⁶. (Grifou-se)

Ora, já foi dito que os direitos de defesa são caracterizados pela **abstenção (respeito)** por parte do Estado e dos particulares como meio de **proteção** dos indivíduos.

¹⁴³ Ver tópico 1.2

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 101.

¹⁴⁵ Ver tópico 2.5.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 117.

Dessarte, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, na definição doutrinária de direito de defesa e no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, fica evidente que a integridade física do ser humano é um direito fundamental de defesa, implícito no art. 5º, inc. X da CF.

Assim, a primeira parte do artigo aqui interpretado será lido do seguinte modo: são invioláveis a **integridade física**, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

3.7.1 DANO MATERIAL DECORRENTE: 2ª PARTE DO ART. 5º, INC. X DA CF

Por oportuno, mister uma breve exposição sobre dano pessoal e dano material, objetivando, ato contínuo, a definição de dano material decorrente.

De acordo com Antonio Lindbergh C. Montenegro dano pessoal é “toda ofensa dirigida contra a sua integridade física ou incolumidade moral, a acarretar-lhe conseqüências desfavoráveis como entidade somática e psíquica”¹⁴⁷. Disso resulta que alguns bens da vida, tais como a liberdade, a saúde, a honra, o nome, a própria imagem, constituem atributos da personalidade; não fazendo parte do patrimônio: são considerados bens extrapatrimoniais.

Dessa forma, os bens personalíssimos não são patrimônios econômicos. Logo, não podem ser aferidos pecuniariamente. Porém, o direito,

por razões práticas, determina que se indenize a ofensa perpetrada contra o corpo, no seu todo e em cada uma de suas partes.

Sob esse sentido é que se admite falar na patrimonialidade do dano à pessoa.

Certo, portanto, BONVICINI quando afirma que o objeto do dano pessoal, em tema de responsabilidade civil, não é a lesão entendida como prejuízo de ordem psicofísica, mas ao patrimônio [...] E conclui o mestre: “São os efeitos que possuem conteúdo patrimonial, não a integridade do corpo” [...] Na verdade, se o dano só atinge o foro íntimo da pessoa (sem reflexos na sua fortuna), a sanção que se lhe queira impor visa mais punir a culpa do ofensor. Neste caso parece mais adequado falar em reparação satisfatória. Já o ressarcimento surge para eliminar os efeitos prejudiciais do dano patrimonial¹⁴⁸. (Grifou-se)

¹⁴⁷ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2005, p. 57.

¹⁴⁸ Idem, *Ibidem*, p. 58-60.

Assim, quando houver um dano a um bem personalíssimo, cuja repercussão (reflexo) atinja o patrimônio econômico do lesionado, surge o direito à pretensão à ação de reparação do dano emergente e/ou lucros cessantes.

Fica claro que existem dois tipos de danos: o moral e o material. Este último divide-se em dano material direto e dano material indireto. No primeiro a lesão atinge direta e **exclusivamente** o patrimônio; no segundo, a ofensa atinge diretamente um bem personalíssimo, e indiretamente o patrimônio do lesionado.

Aqui há uma distinção a ser feita entre dano puramente moral e dano material indireto. Naquele a ofensa não se reflete no patrimônio da pessoa, como consequência não pode ser mensurável em termos econômicos; já no dano material indireto a ofensa reflete no patrimônio da pessoa, “cujo ressarcimento se opera pelos mesmos princípios aplicáveis ao dano patrimonial”¹⁴⁹.

Do exposto, é indubitável que o dano material decorrente, inserto no art. 5º, inc. X da CF é o mesmo dano patrimonial indireto consagrado pela doutrina civilista.

Novamente outra questão importante aqui é levantada: pode-se dizer que sobre o ressarcimento dum dano material decorrente (patrimonial indireto) incidirão, exclusiva ou prioritariamente, princípios e/ou normas do Direito Civil? É o que se buscará responder nos próximos sub-tópicos.

3.7.1.1 NATUREZA JURÍDICA DO DANO MATERIAL DECORRENTE

Considerando natureza jurídica como a essência de determinado instituto, e sob a perspectiva tópica, como um *topoi* que auxilia o intérprete na solução do caso concreto, denota-se que é a partir da identificação da natureza jurídica dum instituto que se entrevêem as regras existentes no ordenamento jurídico que lhe dão juridicidade.

¹⁴⁹ Idem, Ibidem, p. 59.

Diante da ocorrência de um dano material (caso concreto), o intérprete buscará levantar um *topoi* (natureza jurídica do referido dano), ato contínuo, será possível determinar quais regras jurídicas regerão o seu ressarcimento.

Ora, sendo o dano pessoal uma lesão a um bem personalíssimo, ou mais precisamente, a um direito de defesa, tem-se que a natureza jurídica do dano pessoal é de direito fundamental. Logo, sobre o ressarcimento de tal dano incidirão normas (princípios e regras) do Direito Constitucional.

Já o dano material direto é uma ofensa direta e exclusivamente a um bem patrimonial, sem nenhuma ligação com um bem personalíssimo. Assim, sua natureza jurídica será de dano puramente econômico, tendo como consequência a aplicação das regras e princípios do Direito Civil, especialmente os artigos: 206, § 3º, V e 927, *caput*, ambos do Código Civil¹⁵⁰.

Questão intrincada é saber qual natureza jurídica dos danos materiais decorrentes (ou dano material indireto). Para clarificar o entendimento, importante definir a dimensão desse instituto. Ora, apesar de abranger o patrimônio econômico do lesado, tal instituto abarca, principalmente, um conteúdo vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana.

Para melhor compreensão, faz-se necessário uma comparação com o instituto da propriedade privada, cuja dimensão muitas vezes é exclusivamente patrimonial, na abalizada voz de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] basta que se analise a garantia e direito fundamental da propriedade privada para que se verifique que, a despeito de uma possível dimensão exclusivamente patrimonial (que mesmo assim poderia ser tida como fundamental) a propriedade encerra muitas vezes, notadamente em cumprindo a sua função, um conteúdo existencial e vinculado diretamente à própria dignidade da pessoa, como ocorre, por exemplo, com o imóvel que serve de moradia ao titular do domínio¹⁵¹. (Grifou-se)

Sendo a dignidade da pessoa humana um princípio constitucional, que

¹⁵⁰ FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. Ob. já citada.

¹⁵¹ Ob. já citada, p. 88.

na condição de princípio fundamental, constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa¹⁵²,

fica claro que a natureza jurídica do dano material decorrente não pode ser outro senão de **dano pessoal**.

Logo, as normas jurídicas que conduzirão o ressarcimento dum dano material decorrente serão de índole constitucional. Explique-se melhor: há um instituto ligado a duas figuras jurídicas (patrimônio econômico e dignidade da pessoa humana). A pergunta é: o ressarcimento de tal instituto será regido pelo Direito Civil, Constitucional ou ambos?

Não restam dúvidas que será pelo Direito Constitucional, em virtude do Princípio da Supremacia da Constituição, no qual as normas constitucionais (regras e princípios) gozam de superioridade hierárquica em relação às demais normas do sistema, sendo um verdadeiro pressuposto de validade a todas as leis e atos (normativos ou jurídicos) de hierarquia inferior¹⁵³. Assim, o Direito Civil será usado de forma subsidiária.

Mesmo que o intérprete civilista insista na utilização dos princípios e regras do Direito Civil, ele ficará preso ao Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, onde deverá buscar a norma que melhor se adapta à Constituição, mesmo que seja a que menos resulte do texto da norma infraconstitucional¹⁵⁴.

Qualquer dúvida dissipa-se na seguinte afirmação doutrinária: “eventual conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade (isto é, entre lei e Constituição) acaba por resolver-se em favor do último”¹⁵⁵.

¹⁵² Idem, Ibidem, p. 119-20.

¹⁵³ Ver sub-tópico 2.2.1

¹⁵⁴ Ver sub-tópico 2.2.3

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 361.

Por isso a doutrina trabalhista vem tratando dano material decorrente como sinônimo de dano pessoal, tendo como uma das consequências a aplicação das normas constitucionais para a definição do seu prazo prescricional:

A reparação por danos pessoais (moral, material ou estético) decorrentes de acidente de trabalho constitui um direito humano fundamental de índole constitucional e não mero direito de índole trabalhista ou civil. Desse modo, por inexistir norma expressa sobre o prazo de prescrição das respectivas pretensões, aplicam-se subsidiariamente, os prazos previstos na lei civil: vinte anos para ofensas ocorridas até 09.01.2003 (CC de 1916, art. 177) e 10 anos para as ofensas ocorridas a partir de 10.01.2003¹⁵⁶. (Grifou-se)

Do ensinamento acima, fica constatado que ocorrendo um dano material decorrente duma lesão a um bem personalíssimo, sobre o seu ressarcimento incidirão normas constitucionais. Porém, o Direito Constitucional não estabelece o prazo prescricional para a pretensão da ação de reparação de tal dano. Nesse caso, aplicar-se-á o princípio Constitucional da Norma mais favorável ao trabalhador dentro do ordenamento jurídico, qual seja art. 205 do Código Civil que estabelece o prazo prescricional de 10 anos.

Os tribunais trabalhistas também vêm nessa esteira dizendo:

Agregue-se, o prazo prescricional da ação de dano moral e material, oriunda do acidente de trabalho, não se inserem no conceito estrito de crédito resultante das relações de trabalho. São créditos decorrentes de lesão aos direitos de personalidade, neles incluídos os direitos à integridade psicofísica e moral, classificados como direitos constitucionais fundamentais [...]

No caso de acidente de trabalho, os danos causados são pessoais, com prejuízo a integridade física e/ou psíquica do trabalhador, direito constitucional-fundamental, ou seja, imprescritível. Mas, para que seja observado o princípio da segurança jurídica e, considerando-se, ainda, que não há prazo fixado em lei e, por fim adotando a lei civil como fonte subsidiária, autoriza à aplicação do prazo prescricional de 10 anos¹⁵⁷. (Grifou-se)

¹⁵⁶ MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador**. São Paulo: LTR Editora, 2004, p. 346.

¹⁵⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **Recurso Ordinário nº. 02282.2006.090.02.00-8 - 6ª Turma**. Juíza Relatora Designada Ivani Contini Bramante.

“EMENTA. Prescrição. Termo a quo. Prazo. Ação de indenização por dano moral e material. Doença profissional e do trabalho. Incapacidade para o trabalho.

1. O termo *a quo* da contagem do prazo de prescrição, da ação indenizatória contra o empregador, decorrente de acidente de trabalho é a data do acidente (*actio nata*) e não a data da extinção do contrato de trabalho. Considera-se como data do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou do dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro (art. 23, Lei 8213/91). Inaplicabilidade do art. 7º, XXIX,

da CF por inespecífico ao caso. As doenças profissional e do trabalho lesam o organismo lenta e silenciosamente e às vezes se manifestam e ou são diagnosticadas muitos anos após a extinção do contrato de trabalho.

Quanto ao prazo, considera-se a prescrição de 20 vinte anos para os acidentes de trabalho (doença profissional e do trabalho) ocorridos na vigência do velho Código (art. 177, CC.1916), com observação da regra de direito intertemporal prevista no art. 2028 do novo Código (CC. 2003) e, considera-se a prescrição de 10 anos para os acidentes de trabalho (doença profissional e do trabalho) ocorridos na vigência do novo Código (art. 205, CC.2003), à minguia de previsão específica para a lesão dos direitos de personalidade, neles incluídos a integridade psicofísica e os direitos morais.

VOTO PREVALECENTE

O relatório e o juízo de admissibilidade são da lavra do d. Relator original:

"Inconformada com a r. sentença de fls. 701/704, cujo relatório adoto, que julgou extinto o processo com resolução do mérito, dela recorre ordinariamente a reclamante, mediante as razões de fls. 707/712, pugnando pelo afastamento da prescrição e pelo retorno dos autos à Vara de origem para que outra decisão seja proferida.

Custas processuais isentas, posto tratar-se de beneficiário da justiça gratuita.

Contra-razões (fls. 717/723).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade."

Fundamentos

Divirjo do d. Relator original.

A prescrição prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Carta Federal, não se aplica às ações de reparação de dano moral e material, decorrentes de acidente de trabalho, mas tão somente às violações a créditos trabalhistas em sentido estrito que se consumaram ou foram reconhecidos na vigência do contrato de trabalho.

Por primeiro, há que ser afastada a interpretação que vincula o prazo de prescrição à competência da Justiça do Trabalho. A prescrição é de natureza material e não de natureza processual-competencial. A prevalência do entendimento da passagem da prescrição civilista de 20 anos para a aplicação da prescrição trabalhista de 2 anos, vinculada, tão somente, à alteração da competência levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 45, leva à pronunciamentos jurisdicionais conflitantes, sem contar o efeito transversal de malferimento aos princípios constitucionais da irretroatividade das leis e da segurança jurídica.

Por outras palavras à incidência da EC 45/04 e do art. 7º, XXIX, CF-88, de maneira imediata, impõe abrupta perda da pretensão do empregado surpreendido com a redução do prazo prescricional e, que não era inerte sob a perspectiva do Código Civil e da competência material anterior, já que ainda lhe restariam vários anos para exigir o direito. Portanto, haveria ultraje à garantia constitucional que protege o direito adquirido e o ato jurídico perfeito contra a retroatividade da lei (art. 5º, XXXVI).

Agregue-se, o prazo prescricional da ação de dano moral e material, oriunda do acidente de trabalho, não se inserem no conceito estrito de crédito resultante das relações de trabalho. São créditos decorrentes de lesão aos direitos de personalidade, neles incluídos os direitos à integridade psicofísica e moral, classificados como direitos constitucionais fundamentais.

Não é possível generalizar e tentar abarcar todos os danos decorrentes da relação de emprego como sujeitos à prescrição do art. 7º, XXIX, CF-88, inclusive aqueles cuja natureza jurídica transcende a esfera trabalhista como ocorrer com os danos aos direitos da personalidade, entre os quais os acidentários, que jamais poderiam ser definidos propriamente como créditos trabalhistas.

Ainda que o julgamento seja proferido pela Justiça do Trabalho, é possível que a controvérsia envolva direito material que deve ser dirimida à luz do Direito Constitucional e do Direito Comum, tendo em conta não só a necessária interdisciplinariedade, mas, também, a eficácia horizontal dos princípios e regras constitucionais. Com a elevação à patamar constitucional dos direitos individuais e coletivos e direitos sociais, não há mais campo para dúvidas acerca da aplicabilidade das normas (princípios e regras) constitucionais nas relações interpretadas. Tal explica porque a Justiça Especializada está autorizada a julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho (art. 114, IX, CF).

Quanto ao termo inicial do prazo, a prescrição prevista no art. 7º, inciso XXIX, da CF é incompatível com as ações indenizatórias por danos decorrentes de doenças profissional e do trabalho. O termo inicial da prescrição trabalhista é a extinção do contrato de trabalho. O termo inicial de reparação de lesão acidentária é o dia do acidente.

Por isso mesmo a lei previdenciária, em seu artigo 23, estatuiu o dia do acidente de trabalho como sendo:

"considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou do dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro"

Portanto, não há razão jurídica ou lógica para se considerar a prescrição trabalhista na ação de reparação de lesão acidentária. O prazo prescricional, nas doenças profissionais e do trabalho, não está vinculada à data da extinção do contrato de trabalho porque existem hipóteses em que a doença acidentária se manifesta ou é, efetivamente, constatada após o término da relação de trabalho e, as vezes muitos anos depois (como é o caso da asbestose).

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal, desde 1963, sumulou jurisprudência:

Sumula 230 : " a prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade."

Na mesma linha o STJ também sumulou:

Sumula 278 : "o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da capacidade laboral."

É oportuna a citação de ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

"Acidente no trabalho. Prescrição. Termo inicial. Asbestose. Amianto. O termo inicial da prescrição da pretensão indenizatória não flui da data do desligamento da empresa, mas de quando o operário teve conhecimento da sua incapacidade, origem, natureza e extensão, que no caso corresponde à data do laudo. O fato do decurso de 34 anos da despedida do empregado impressiona, mas deve ser examinado em conjunto com as características da doença provocada pelo contato com o amianto (asbestose) que pode levar muitos anos para se manifestar. Recurso conhecido e provido. STJ. 4ª Turma. REsp. n. 291.157/SP. Rel. Ministro Ruy de Aguiar. Ac. De 03.2001. DJ 03.09.2001.

Ademais, o argumento da tópica constitucional, defendida por muitos, também, não procede. O fato de o art. 7º, inciso XXVIII, da CF, incluir dentre o rol a responsabilidade do empregador quando incorrer em culpa e dolo, nos casos de acidente de trabalho, não autoriza a ilação de que a prescrição é aquela prevista no mesmo artigo 7º, inciso XXIX. Isto porque o artigo 7º, em seu rol traz também outros direitos de natureza diversa, com prescrições diferenciadas, tratadas em legislações específicas. A exemplo o direito aos depósitos do FGTS (inciso III), cuja prescrição é trintenária e; o caso de aposentadoria (inciso XXIV), com prescrição prevista em legislação específica previdenciária.

Quanto ao prazo de prescrição, a melhor corrente interpretativa é aquela que defende a aplicação dos prazos prescricionais do Código Civil. Poder-se-ia argumentar que os direitos da personalidade são imprescritíveis, tendo em conta os atributos da intransmissibilidade e irrenunciabilidade (art. 11, CC 2002). De fato, as ações que envolvam os direitos de personalidades relativo ao estado da pessoa (nome, honra, filiação, disposição do próprio corpo, etc) são imprescritíveis. Entretanto, as lesões de direitos imateriais comportam, dentre outras, uma reparação em pecúnia. As ações de caráter reparatório, em pecúnia, as quais a lei não estipula prazos, prescrevem nos termos da regra geral da lei civil.

O novo Código Civil, quanto a prescrição trouxe a regra geral (art. 205) e as regras especiais (art. 206, CC).

O novo Código Civil reduziu os prazos gerais, que antes eram de 20 anos, para 10 anos. E, considerando o princípio da irretroatividade das leis, tratou do direito intertemporal com estabelecimento de uma regra de transição no art. 2028, verbis:

"Serão os da lei anterior os prazo quando reduzidos por este Código e, se, na data de sua entrada em vigor já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada"

Conforme a doutrina clássica de Câmara Leal (Prescrição e Decadência, p. 91 e ss.) quanto às regras de prescrição no direito intertemporal:

1. quando a lei nova estabelece um prazo mais curto de prescrição, essa começará a correr, por inteiro, da data da nova lei. Salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga vier a se completar em menos tempo, caso em que continuaria sendo regida pela lei velha.

2. quando a lei nova estabelece um prazo mais longo de prescrição, a consumação se dará ao final desse novo prazo, contando-se, porém, para integrá-lo o tempo já decorrido na vigência da lei antiga.

Em suma, considerando que o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) publicado no DOU em 11.01.2002, entrou em vigor 1 (um) ano após a sua publicação, ou seja em 12.01.2003, bem como a hipótese de redução dos prazos gerais de 20 para 10 anos (art. 205, CC) e, ainda, as regras de direito intertemporal (art. 2028, do CC) e; em se tratando de ação de reparação de dano moral, material e estético decorrente de acidente de trabalho, ajuizada em face do empregador, é possível as seguintes situações:

a. acidente de trabalho ocorrido anterior à 12 de janeiro de 1983: a prescrição está consumada e a ação prescrita, aplica-se a prescrição de 20 anos da lei antiga (art. 177, CC. 1916);

- b. acidente de trabalho ocorrido anterior à 12 de janeiro 1993, quando transcorrido mais de dez anos do início da contagem, aplica-se velho prazo de prescrição de 20 anos (art. 177, CC, 1916);
- c. acidente de trabalho ocorrido após 12 de janeiro de 1993, quando transcorrido menos de dez anos do início da contagem, aplica-se o novo prazo reduzido de prescrição de 10 anos (art. 2028, CC), que começa a fluir, por inteiro, a contar da data de vigência do novo código;
- d. acidente de trabalho ocorrido a partir de 12 de janeiro de 2003, o prazo geral é de 10 anos. O prazo geral antigo de prescrição (20 anos), e se não há fixação de novo prazo geral, aplica-se a regra geral de redução de prazo de 10 anos (art. 205, CC. 2003).

Quanto à prescrição de 03 anos, trata-se de prazo novo, criado pelo Código Civil de 2002, para a ação de reparação civil. E, sendo novo, por óbvio, não foi reduzido pela nova codificação, daí a inaplicabilidade do art. 2.028 do CC/02 aos prazos novos criados pelo novo diploma legal. Assim, sob pena de violação do princípio da irretroatividade da lei, o prazo de 3 anos somente pode ser aplicado para os fatos ocorridos já na vigência do atual Código Civil, a partir de 12/01/03.

Há que ser afastada, no presente caso, a interpretação no sentido de que o prazo geral de 20 anos de reparação civil foi reduzido para 3 (três) anos (art. 206). O prazo previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do CC. 2002, trata da pretensão de reparação civil *stricto sensu*. A hipótese versada nos presentes autos não é de violação de direito civil *stricto sensu*, mas de direito de personalidade, direito constitucional fundamental. Isto porque, nos casos de ausência de previsão legal de prazo prescrição de direitos constitucionais não previstos na própria Constituição são regulados pela regra geral (art. 205 do CC. 2002).

Por conseguinte, inaplicável à hipótese o prazo prescricional previsto no art. 7º, inciso XXIX, da CF, ou o de três anos previsto no Código Civil de 2002, mas sim o constante do art. 205, do CC. 2002.

Nesse sentido, acolhemos a doutrina de Raimundo Simão de Melo (Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador, 2004, p. 463) *verbis*:

"A reparação por danos pessoais (moral, material ou estético) decorrentes de acidente de trabalho constitui um direito humano fundamental de índole constitucional e não mero direito de índole trabalhista ou civil. Desse modo, por inexistir norma expressa sobre o prazo de prescrição das respectivas pretensões, aplicam-se subsidiariamente, os prazos previstos na lei civil: vinte anos para ofensas ocorridas até 09.01.2003 (CC de 1916, art. 177) e 10 anos para as ofensas ocorridas a partir de 10.01.2003".

O dano perseguido nesta Justiça tem origem no contrato de trabalho mas, não pode ser tratado como "crédito trabalhista". Não obstante tal afirmativa, não pode igualmente ser tratado como uma reparação civil *stricto sensu* envolvendo dano patrimonial e material. O que se tem aqui, como ensina Raimundo Simão de Melo é a violação de "direitos de índole constitucional-fundamental da personalidade", considerados, pela Constituição da República de 1988 como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV), assegurando-lhe direito à indenização por danos material, estético ou moral havidos.

No caso de acidente de trabalho, os danos causados são pessoais, com prejuízo a integridade física e/ou psíquica do trabalhador, direito constitucional-fundamental, ou seja, imprescritível. Mas, para que seja observado o princípio da segurança jurídica e, considerando-se, ainda, que não há prazo fixado em lei e, por fim adotando a lei civil como fonte subsidiária, autoriza à aplicação do prazo prescricional de 10 anos.

Do processo, pode-se verificar que a suposta doença do trabalho (LER) teria sido adquirida no curso do contrato de emprego (02.04.1997 a 05.06.2000), portanto antes do advento do novo Código Civil, conforme documento de fls. 142/144, pelo que a prescrição incidente, por certo é a de 10 anos (nova), a contar da vigência da nova codificação civil.

A prescrição é a perda da exigibilidade do direito violado (pretensão) pelo transcurso do tempo, em razão de inércia do seu titular.

Ao tempo do acidente, vigorava o disposto no art. 177 do Código Civil de 1916, o qual fixava, como regra geral, o prazo de 20 anos de prescrição, que se aplicava, inclusive, para as ações reparatorias de dano moral. É que não havia prazo específico para referidas.

O novo Código Civil de 2002 (em vigor a partir de 11.01.03) reduziu de 20 para 10 anos o prazo geral da prescrição (art. 205, caput). Ainda, criou um prazo especial para a ação de reparação civil, *stricto sensu*, de 03 anos (art. 206, § 3º, V). Por fim, como regra de transição o art. 2.028, estabeleceu que: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

Com efeito, se a doença foi adquirida no curso do contrato vigente entre 02.04.1997 a 05.06.2000, à época em que entrou em vigor o novo Código Civil (11.01.03), havia transcorrido menos da metade da prescrição prevista na velho Código (20 anos). Deve, no caso, ser aplicado o prazo prescricional de 10 anos, pois se trata da prescrição geral

De tudo o que foi exposto, pode-se afirmar que o dano material decorrente (patrimonial indireto) tem natureza jurídica de dano pessoal, e como consequência lógica, a pretensão à ação de reparação de ambos é uma garantia fundamental.

3.7.2 INTEGRIDADE FÍSICA DA PESSOA HUMANA E PRETENSÃO À AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL DECORRENTE DE SUA VIOLAÇÃO COMO DIREITO-GARANTIA FUNDAMENTAL

Já ficou demonstrado alhures que a integridade física da pessoa humana é um **direito fundamental** de defesa implícito no art. 5º, inc. X da CF. Logo, a pretensão indenizatória, quando da violação de tal direito, será uma **garantia fundamental**.

Cabe ao Constituinte, estimulado pelas circunstâncias de determinado momento histórico, estabelecer qual situação será elevada à condição de direito fundamental, ou seja, que em virtude do seu alto valor merece proteção especial. Nesse sentido,

Não se poderá deixar de considerar que incumbe ao Constituinte a opção de guindar à condição de direitos fundamentais certas situações (ou posições) que, na sua opinião, devem ser objeto de especial proteção, compartilhando o regime da formalidade formal e material peculiar dos direitos fundamentais [...] Não há como olvidar, neste contexto, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta

reduzida, que deve iniciar a contagem da data da entrada em vigor do Código Civil (art., 205, CC. 2002). Até porque, não se poderia compreender que o advento da lei nova geraria imediata prescrição, para a surpresa do titular. É que o trabalhador não poderia ser considerado inerte, já que à época estava amparado no art. 177, do vetusto Código Civil de 1916.

A redução do prazo, pela nova codificação, há de ser havida, sob esta ótica, "como um novo marco de encerramento futuro, nunca como um encerramento retroativo do prazo" (Proc. 01853200500702005, Relator Juiz Rafael Pugliese Ribeiro).

Em resumo, podemos definir a prescrição aplicável para as ações reparatórias por danos materiais e morais, nas ações acidentárias, do seguinte modo: I- prazo de 20 anos, quando na data da entrada em vigor do novo Código Civil já havia decorrido mais de 10 anos (metade do prazo da lei velha); II – prazo de 10 anos, se decorreu menos da metade do prazo de 20 anos; III – prazo de 10 anos, quando o fato ensejador da reparação decorre de lesão de direito que não haja previsão específica de prazo prescricional e ocorreu dentro da vigência do novo Código Civil.

Por conseguinte, afasta-se a prescrição, devendo os autos retornar à origem para o julgamento dos demais pedidos, como entender de direito.

Dou provimento.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **CONHEÇO** do recurso ordinário interposto pela reclamante e, no mérito, **DOU-LHE PROVIMENTO**, para afastar a prescrição, devendo os autos retornar à origem para o julgamento dos demais pedidos, como entender de direito, tudo nos termos da fundamentação.”

indispensável para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental¹⁵⁸.

E assim ocorreu, também, no seio da ordem jurídica brasileira. Lembre-se, por oportuno, que a sociedade brasileira esteve sob o julgo da Ditadura Militar por mais de duas décadas. Nesse ínterim, várias agressões à pessoa humana foram cometidas em nome do Estado. Com a derrocada de tal regime, e conseqüentemente da Constituição que o legitimava, o Poder Constituinte Originário formado em 1988, elevou a integridade física dos indivíduos à categoria de Direito Fundamental (implícito), dando-lhe instrumentalidade para sua efetivação (Garantia Fundamental).

Noutras palavras, oriundo do próprio anseio social, tendo em vista o momento histórico por que passava o País, recém-ultrajado pelo regime ditatorial, o direito à integridade física, assim como os meios jurídicos hábeis à sua garantia (art. 5º, X – ação para se pleitear danos materiais, além dos morais ali previstos, para “reparar” agressões perpetradas contra a integridade física da pessoa atingida –; art. 5º, LXVIII – *habeas corpus* para garantir desde a simples ameaça até a violência concretizada, no que diz respeito à liberdade de locomoção) foram concretizados por intermédio de mandamentos específicos insertos no rol dos direitos e garantias fundamentais.

Conforme já ficou comprovado, os direitos de defesa, em virtude de sua alta densidade normativa, possuem plena eficácia, não dependendo, em regra, de concretização legislativa¹⁵⁹. Mesmo que ocorra a hipótese dum direito de defesa depender de uma lei, ou se existente for insuficiente, tal direito deverá ser concretizado por meio da interpretação dos juízes e demais operadores do direito. Até nesse caso a aplicabilidade será imediata, pois tal concretização é feita por meio de quem aplica o direito ao caso concreto, e não pelo legislador. Nesse ponto, salutar a conclusão de Sarlet:

[...] podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos),

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. já citada, p. 104-145.

¹⁵⁹ Ver sub-tópico 1.5.1

outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade¹⁶⁰.

Dessarte, o direito à integridade física da pessoa humana tem aplicabilidade imediata e alto grau de eficácia, sendo que para dar-lhe a devida efetividade, necessário se faz o reconhecimento, pelos operadores do direito, da natureza jurídica dos danos materiais decorrentes de sua violação, qual seja, dano pessoal. Ato contínuo, sobre a pretensão à ação de sua reparação incidirão normas (regras e princípios) constitucionais.

Tal argumento encontra respaldo no princípio constitucional da efetividade, onde o intérprete constitucional tem como meta efetivar a Constituição, utilizando-se, dentre as várias interpretações possíveis, aquela que vá ao encontro da vontade constitucional, evitando, desse modo, argumentos frágeis como a não auto-aplicabilidade da norma ou a omissão legislativa¹⁶¹.

A falta de efetividade das normas constitucionais – ou mais precisamente a não concretização dos direitos fundamentais – provoca uma frustração generalizada no processo institucional brasileiro. Decorrente dessa afirmação, tem-se evidente o papel reluzente e harmonizador da moderna hermenêutica constitucional, como se tentou demonstrar no desenvolver do presente trabalho.

¹⁶⁰ Ob. citada, p. 274-5.

¹⁶¹ Ver sub-tópico 2.2.6.

CONCLUSÕES

Ao término dessa explanação teórica, tem-se por firmadas as seguintes conclusões:

I. Direitos Fundamentais são todos aqueles que, pelo alto grau de importância dos seus conteúdos, constam no texto da Constituição ou em tratados internacionais; podendo ser expressos, implícitos ou decorrentes, ou seja, são os positivados no âmbito do Direito Constitucional dum Estado.

II. Os direitos fundamentais estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, em verdade, concretizações de tal princípio constitucional. Seu conteúdo é comum (variando a intensidade) a esses direitos, bem como critério de legitimação para os direitos implícitos ou decorrentes encontrados.

III. Existem outros direitos fundamentais além dos que constam no Catálogo (Rol do Título II da CF). Isso se dá em virtude do conteúdo do § 2º do art. 5º da CF. Daí a presença de direitos fundamentais implícitos e decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

IV. Direitos fundamentais implícitos são os encontrados dentro de outros direitos insertos do Título II da CF, mediante a utilização da Hermenêutica; já os direitos fundamentais decorrentes são os que têm como fontes o regime (democracia social) e os princípios fundamentais da própria Constituição.

V. Os direitos fundamentais classificam-se em direitos de defesa e direitos a prestações. Os primeiros implicam uma obrigação de abstenção do Estado (e até mesmo entidades privadas), devendo este respeitar determinados interesses individuais; os segundos ensejam uma prestação positiva do Estado, podendo ser cobrados do Poder Público, mediante sua atuação ativa na concretização dos direitos fundamentais.

VI. Os direitos individuais descritos no art. 5º e seus 78 incisos correspondem, via de regra, aos direitos de liberdade, desempenhando principalmente (e em maioria absoluta) a função de direitos de defesa.

VII. Direitos e garantias fundamentais são distintos. Aqueles são normas declaratórias dos direitos; estas (garantias) são assecuratórias, têm por objetivo proteger tais direitos por meio da sua instrumentalidade. Apesar dessa distinção, ambas podem existir num mesmo dispositivo.

VIII. Toda norma constitucional (até mesmo as programáticas) tem certo grau de eficácia, ressaltando-se que sua exigibilidade oscila entre tais normas. Assim, há normas que geram imediatamente seus efeitos, e outras que, devido seu baixo grau de normatividade, dependem de outra para gerar seus principais efeitos.

IX. Todos os direitos fundamentais que constam no Catálogo, bem como os que não constam (espalhados em outros pontos da Constituição ou tratados internacionais), têm aplicabilidade imediata.

X. Os direitos fundamentais de defesa possuem alta densidade normativa. Logo, têm aplicabilidade imediata plena. Por tal razão, mesmo que ocorra a hipótese dum direito de defesa depender de uma lei, ou se a existente for insuficiente, tal direito deverá ser concretizado por meio da interpretação dos juízes e demais operadores do direito. Até nesse caso a aplicabilidade será imediata, pois tal concretização é feita por meio de quem aplica o direito ao caso concreto, e não pelo legislador.

XI. Os princípios constitucionais são de importância vital ao sistema jurídico, pois além de legitimá-lo, garantindo sua constante atualização, servem como mecanismos normativo-axiológicos na interpretação das normas contidas no ordenamento jurídico.

XII. Os princípios instrumentais de interpretação são normas de observância obrigatória a todo intérprete da Constituição, principalmente no momento de se observar o alcance e extensão dos direitos e garantias fundamentais.

XIII. A interpretação clássica utiliza-se do silogismo, onde premissa maior (norma) incide sobre premissa menor (fato), tendo como conclusão a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto: dedutivismo. Daí sua perspectiva lógico-formal (fechada) de sistema.

XIV. Na nova hermenêutica constitucional os princípios e valores são matéria-prima para interpretação dos direitos fundamentais, e têm como fundamento a dignidade da pessoa humana. Desse modo, foi desenvolvida a Teoria da Argumentação, onde são levantados argumentos partindo-se do caso concreto para a norma.

XV. Para evitar um abalo no ordenamento jurídico, em virtude da flexibilização deixada pela nova hermenêutica, os argumentos utilizados devem ser vinculados às normas constitucionais, e o intérprete deve orientar-se pelos princípios instrumentais de interpretação.

XVI. A interpretação do texto constitucional deve ser orientada sempre pelo caminho mais hábil a fazê-la concretizar-se no tempo e no espaço. Se o método clássico é o mais hábil, deve ser ele utilizado; se o mais moderno (nova hermenêutica), a opção deve se inclinar nesse sentido. Tal assertiva deve ser ainda mais observada quando se quer dar a plena efetividade aos direitos fundamentais.

XVII. O método tópico não desconsidera a existência dum sistema, mas sim rejeita a idéia dum sistema lógico formal ou axiomático dedutivo. Assim, a argumentação ocorrerá num sistema aberto.

XVIII. Os *topoi* são “pontos de vista pragmáticos de justiça material”, ou “estabelecimentos de fins jurídico-positivos”, ou “pontos retóricos de partida para a argumentação do problema”, ou ainda, “pontos de vista que são muito indeterminados e não gerais, mas que, no decorrer dos tempos, têm sido reconhecidos”. Por isso a expressão “*topoi*” deve ser encarada de forma diferenciada de princípio ou axioma.

XIX. Entende-se por “natureza jurídica” um ponto de vista que orienta o operador do direito a entender-resolver o caso concreto. Noutras palavras, é a partir da identificação da natureza jurídica de determinado instituto que se entrevêem as regras existentes no ordenamento jurídico que lhe dão juridicidade. Sob o prisma da Tópica, a natureza jurídica pode ser entendida como sendo um *topoi*.

XX. O art. 5º, inc. X da CF contem direitos de defesa e, concomitantemente, um direito subjetivo à pretensão à ação de indenização pelo dano material ou moral, decorrente da violação dos direitos de defesa ali insertos. Assim, tem o condão de proteger e efetivar o direito de defesa lesionado, por meio de sua instrumentalidade. Logo, no art. 5º, inc. X da CF encontram-se direito-garantias fundamentais.

XXI. O dano material decorrente, inserto no art. 5º, inc. X da CF é o mesmo dano patrimonial indireto consagrado pela doutrina civilista, sendo que sua natureza jurídica é de dano pessoal, e este tem natureza jurídica de direito fundamental. Logo, ocorrendo um dano material decorrente duma lesão a um bem personalíssimo, sobre o seu ressarcimento incidirão normas constitucionais e só de modo subsidiário, normas civilistas.

XXII. Em virtude da inexistência de norma expressa sobre o assunto, o prazo prescricional da pretensão à ação de reparação por dano material decorrente de lesão a um bem personalíssimo do trabalhador será de 10 anos. Essa afirmativa tem como fundamento o princípio constitucional da norma mais favorável dentro do ordenamento jurídico. Daí aplicar-se a regra do art. 205 do Código Civil.

XXIII. A integridade física do ser humano é um direito fundamental de defesa implícito no art. 5º, inc. X da CF. Logo, a pretensão indenizatória, quando da violação de tal direito, será uma garantia fundamental.

XXIV. O direito à integridade física da pessoa humana tem aplicabilidade imediata e alto grau de eficácia, sendo que para dar-lhe a devida efetividade, necessário se faz o reconhecimento, pelos operadores do direito, da natureza jurídica dos danos materiais decorrentes de sua violação, qual seja, de dano pessoal. Ato contínuo, sobre a pretensão à ação de sua reparação incidirão normas (regras e princípios) constitucionais.

XXV. Do exposto, constata-se o alcance da dignidade da pessoa humana pela via da interpretação dos direitos fundamentais à luz da nova hermenêutica constitucional: dum lado serve como critério de legitimação para o direito implícito encontrado na primeira parte do art. 5º, inc. X da CF, qual seja, direito à integridade física do ser humano. Do outro, como meio de identificação da natureza jurídica do dano material decorrente, haja vista que esse tipo de dano enseja um conteúdo existencial e vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana. Logo, a sua natureza jurídica será de dano pessoal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira** (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. V. São Paulo: Saraiva & Cia., 1934.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENASSE, Paulo Roberto. **Dicionário jurídico de bolso**. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Processual Civil. Administrativo. Indenização. Reparação de Danos Materiais e Morais. Regime Militar. Perseguição, Prisão e Tortura por Motivos Políticos. Imprescritibilidade. Dignidade da Pessoa Humana. Inaplicabilidade do art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32. **Recurso especial nº 816209** (2006/0022932-1). Recorrente: Helio da Costa. Recorrido: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília/DF, 10 de abril de 2007. Publicado no Diário da Justiça em 03/09/2007. Disponível em: http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=+816209&b=ACOR. Acessado em: 05.05.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Recurso Substitutivo de *Habeas Corpus*. Art. 75 do Código Penal. Mudança do Regime Carcerário. **Habeas corpus nº 9.892** – Rio de Janeiro (1999/0054703-9). Impetrante: Heraldo Machado Pauperio. Impetrado: Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator Originário: Ministro Hamilton Carvalhido. Relator ac.: Ministro Fontes de Alencar. Brasília, 16 de dezembro de 1999. Publicado no Diário da Justiça em 26/03/2001 Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=hc+9892&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acessado em: 05.05.2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho, Região 2. Prescrição. Termo a quo. Prazo. Ação de indenização por dano moral e material. Doença profissional e do trabalho. Incapacidade para o trabalho. **Recurso ordinário nº. 02282.2006.090.02.00-8** - 6ª Turma. Recorrente: Paula Maria do Nascimento. Recorrida: Sodexo do Brasil Comercial Ltda. Relatora Designada: Juíza Ivani Contini Bramante. São Paulo, 06 de março de 2007. Data da Publicação: 13/04/2007. Disponível em: <http://trtcons.srv.trt02.gov.br/consulta/votos/turmas/20070306_20060521516_d.htm>. Acessado em 05.05.2008

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento** (Coordenado por Renan Lotufo). São Paulo: Manole, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FIGUEIREDO, Francisco José Garcia. O princípio da norma mais favorável, a dupla natureza jurídica dos danos materiais e sua prescrição. **Jornal do 47º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho**. São Paulo, jun. 2007. 3º painel: Princípios específicos do direito processual do trabalho e os avanços do direito processual civil, p. 26.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**, Coordenado por Renan Lotufo. São Paulo: Manole, 2006.

GOUVÊA, Marcos Masseli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Disponível em: http://www.nagib.net/variedades_artigos_texto.asp?tipo=13&area=3&id=219. Acessado em: 07.07.2007.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Positivo, 2004.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JUNKES, Maria Bernadete; SANTOS, Maria Lindomar dos. **Trabalhos acadêmicos: A facilidade em desenvolvê-los**. Rolim de Moura/RO: D'press Editora & Gráfica Ltda-ME, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (Trad. João Baptista Machado). 2. ed. São Paulo: Marins Fontes, 1987.

_____. **Teoria geral do direito e do estado** (Trad. João Baptista Machado). 3. ed. São Paulo: Marins Fontes, 1998.

LEITE, George Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acessado em: 07.07.2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador**. São Paulo: LTR Editora, 2004.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Auro de Jesus. **Metodologia científica**. São Paulo: Avercamp, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutierrez. **Direito fundamental à saúde** - tutela de urgência. Disponível em: http://www.nagib.net/variedades_artigos_texto.asp?tipo=13&area=3&id=218. Acessado em: 07.07.2007.